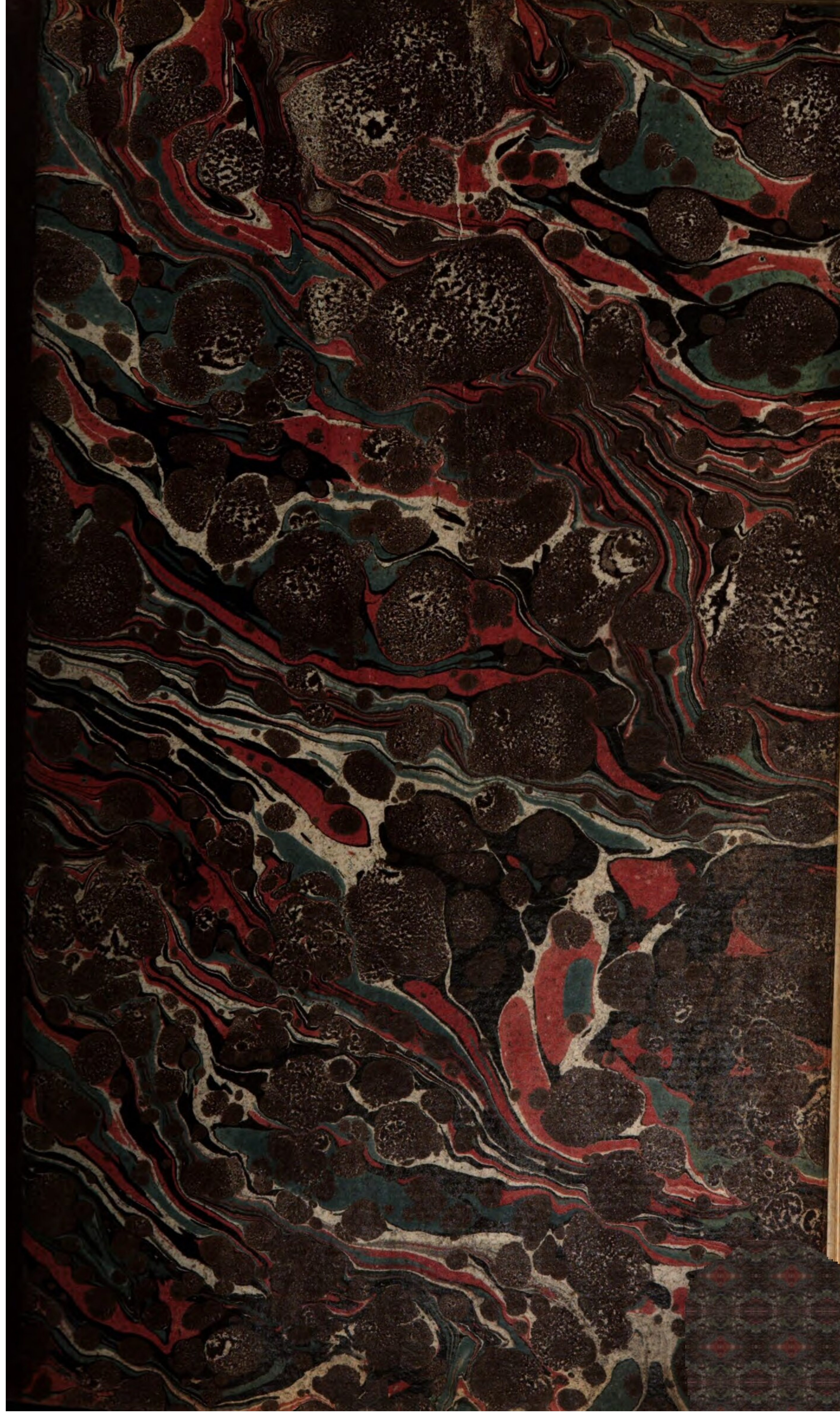






5069

Bibl.Mont

5069-22

<36622416090017



<36622416090017

Bayer. Staatsbibliothek

E n t w u r f
eines
G e s e t z b u c h e s
über
das gerichtliche Verfahren
in
bürgerlichen Rechtssachen.

Von
Dr. Nicolaus Thaddäus von Gönner,
Ritter des königl. baier. Civilverdienstordens, königlich
baierischem geheimen Justizreferendär, und Mitglied der
beständigen Gesetzkommission in München.

Zweiter Band, Motive.
Zweite Abtheilung.

Erlangen, 1816.
bei Johann Jacob Palm.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

I n h a l t

des zweiten Bandes zweiter Abtheilung.

Zweites Buch. Von dem ordentlichen Prozesse.

Kap. I. Von der Klage und Antwort.

§. 1. Klagesschreiben.

§. 2. Verbindung der Beweise mit der Klage.

§. 3. Richterliche Verfügung auf die Klagschrift.

§. 4. Vorbereitende Anträge des Beklagten.

§. 5. Gründe zur Verweigerung der Einlassung.

)(*

- §. 6. Verfahren bei verweigerter Einlassung.
- §. 7. Ungehorsam des Beklagten.
- §. 8. Antwort des Beklagten.
- §. 9. 1) In Ansehung des Faktums der Klage.
- §. 10) 2) In Ansehung der Beweise.
- §. 11. 5) In Ansehung der Einrede.
- §. 12. Widerklage.
- §. 13. Ordnung der Antwort auf die Klage.
- §. 14. Richterliche Verfügung auf die Antwort.

Kap. II. §. 1. Replik.

- §. 2. Ungehorsam des Klägers bei der Replik.
- §. 3. Duplik.
- §. 4. Verfahren nach der Duplik.
- §. 5. Termine für Replik und Duplik.
- §. 6. Deduktionen über den Beweis besonders durch Schlüsse und Vermuthungen.
- §. 7. Was der Richter nach geschlossenen Streitverhandlungen zu thun habe?

Kap. III. Vom Beweis und Gegenbeweis.

- §. 1. Gegenstand des Beweises.
- §. 2. Beweislast.
- §. 3. Beweis und Gegenbeweis.
- §. 4. Direkter und indirekter, vollständiger und unvollständiger, einfacher und zusammengesetzter Beweis.
- §. 5. Beweismittel.
- §. 6. Antretung und Vollführung des Beweises.
- §. 7. Beweis zum ewigen Gedächtnis.
- §. 8. Veränderung an dem angetretenen Beweise.

Kap. IV. Vom Geständnis.

- §. 1. Vom Geständnis überhaupt.
- §. 2. Vom gerichtlichen Geständnis.
- §. 3. Vom aussergerichtlichen Geständnis.
- §. 4. Vollführung des Beweises durch Geständnis.

Kap. V. Von Augenschein und Sachverständigen.

- §. 1. Von Augenschein und Sachverständigen überhaupt.

§. 2. Von Sachverständigen insbesondere.

§. 3. Verfahren bei Einnehmung des Augenscheins.

§. 4. Parere der Sachverständigen.

Kap. VI. Von Urkunden.

§. 1. Edition der Urkunden.

§. 2. Was zum Beweise durch Urkunden überhaupt erfordert werde?

§. 3. Ungültige Urkunden.

§. 4. Beweiskraft öffentlicher Urkunden.

§. 5. Beweiskraft der Privaturkunden.

§. 6. Die Aechtheit ist nach der Unterschrift abzumessen.

§. 7. Beweis der Unterschrift.

§. 8. Von alten Urkunden.

§. 9. Beweiskraft der Abschriften.

§. 10. Von verlohrnen Urkunden.

§. 11. Innere Beweiskraft der Urkunden.

§. 12. Beweis durch Handelsbücher.

§. 13. Bücher der Handwerker.

§. 14. Deservitenbücher der Advokaten und Aerzte.

§. 15. Von Denkmälern.

§. 16 — 19. Verfahren bei dem Urkundenbeweise.

Kap. VII. Von Zeugen.

§. 1. Vom Zeugenbeweise überhaupt.

§. 2. Unfähige Zeugen.

§. 3. Verdächtige Zeugen.

§. 4. Ungültige oder verdächtige Aussagen.

§. 5. Zwang der Zeugschaft.

§. 6. Entschädigung der Zeugen.

§. 7. Vollständiger oder unvollständiger Zeugenbeweis.

§. 8. Verfahren bei dem Zeugenbeweise.

1) Beweisantrittung.

§. 9. u. 10. 2) Antwort auf die Beweisantrittung.

3) Richterliche Verfügung.

§. 11. 4) Vorladung der Zeugen und der Partheien.

§. 12 — 14. 5) Vernehmung der Zeugen.

§. 15. Von Vernehmung tauber, stummer;

oder der Landessprache unkundiger
Personen.

§. 16. Schärfere Vorladung der nicht erschienenen Zeugen.

§. 17. Publikation der Zeugenaussagen.

Kap. VIII. Vom Eide.

§. 1. Begriff und Eintheilung des Eides.

§. 2. Was Eides fähig sey?

§. 3. Wer den Eid zu leisten habe?

§. 4. Wie der Eid zu leisten sey?

§. 5. Von der Eidesformel.

§. 6. Wirkungen des geleisteten, verweiger-
ten oder nachgelassenen Eides.

§. 7. Wenn derjenige, der schwören sollte,
vor der Eidesleistung stirbt.

§. 8. A) Freiwilliger Eid. Wann und von
wem derselbe zugeschoben werden
kann?

§. 9 — 12. Verfahren bei demselben.

§. 13. u. 14. B) Nothwendiger Eid. C) Ge-
setzlicher Eid.

Kap. IX. Von Schlüssen und Vermuthungen.

§. 1. Vom Beweis durch Schlüsse.

§. 2. Vermuthungen.

§. 3. Wirkung der Vermuthungen.

Kap. X. Vom Schlusse des Beweisverfahrens
und vom Endurtheil.

§. 1. Wann ein vollständiger oder ein unvollständiger Beweis vorhanden sey?

§. 2. Worauf bei dem unvollständigen Beweise zu erkennen ist?

§. 3. Von Kollision des Beweises einer Behauptung mit dem Beweise einer Einrede.

§. 4. Kollision der Beweise.

§. 5. Insbesondere von Kollision der Beweismittel. a) Des Augenscheins und der Sachverständigen mit andern Beweismitteln.

§. 6. b) Der Urkunden mit Urkunden.

§. 7. c) Der Zeugen mit Zeugen.

§. 8. d) Der Urkunden mit Zeugen.

§. 9. Deduktionen über den Beweis.

§. 10. Vom Endurtheil.

Zweites Buch.
Von dem ordentlichen Prozesse.

Ehe ich zu den Kapiteln dieses Buchs schreite, halte ich für nothwendig einige Bemerkungen über dessen Inhalt im Ganzen vorzuschicken.

I. Der *ordentliche* Prozeß enthält in mehr als einer Rücksicht die *Regeln* des gerichtlichen Verfahrens bei streitigen Rechtssachen;
1) in Ansehung seines *Zwecks*, durch eine gänzliche und endliche Entscheidung das Rechtsverhältniß unter den Partheien über den Streitgegenstand *peremptorisch* festzusetzen; denn es muß Ausnahme seyn, wenn ein Betheiligter mit Umgehung eines peremptorischen Zustands wider den Gegentheil eine *provisorische* Bestimmung z. B. im jüngsten Besitz, eine Inhibition, Sequestration u. d. verlangen kann;
2) in Ansehung der *Mittel*, indem eben jener

Gönners Entwurf 2. Bd. 19

peremtorische Zustand fordert, den Anspruch nach allen Seiten zu betrachten, und es Ausnahme seyn muß, wenn ein Betheiligter verlangen kann, daß der Anspruch nur aus dem beschränkten Gesichtspunkte eines Rechtsinstituts z. B. des Wechselrechts oder einer verbrieften Schuldforderung beurtheilt, und hiernach die Vertheidigung selbst auf solche Gründe und Beweise eingeschränkt werde, welche jenem Gesichtspunkt zukommen; 3) in Ansehung seiner ganzen *Richtung*, welche das Verfahren einhält, um a) durch Verhandlungen beider Theile die faktischen Verhältnisse der Streitsache und die Gründe zu erfahren, aus welchen jeder streitende Theil sein Recht ableitet, sodann b) über die streitigen Thatsachen die Beweise zu erheben, hierauf c) alles Streitige zu entscheiden, und endlich d) das Entschiedene zu vollstrecken; nur Ausnahme kann es seyn, wenn das Verfahren selbst eine andere Richtung z. B. bei provisorischen Verfügungen und Arresten annimmt; 4) in Ansehung des *Laufs der Verhandlungen*, welche den vorausstehenden Rücksichten anpassen und oft von Formalitäten begleitet seyn muß, um das Recht über die wichtigsten Streitsachen, von deren Ausgang nicht selten der Wohlstand ganzer Familien abhängt, gegen Willkühr im Ver-

fahren sicher zu stellen; nur ausnahmsweise kann der Gang jener Verhandlungen verändert, und von jenen Förmlichkeiten abgegangen werden.

Eben diese Evolution des Wesens des *ordentlichen Prozesses* *) erprobt, daß dessen Begriff nicht aus den Förmlichkeiten des Verfahrens entnommen werden darf, und daß keine Gesetzgebung über das gerichtliche Verfahren, sie mag der Förmlichkeiten mehr oder weniger zur Regel machen, der Abtheilung des Verfahrens in das *ordentliche* und *ausserordentliche* (summarische**) entbehren kann.

19*

*) Vergl. über den Begriff des ordentlichen Prozesses Handbuch Band II. Abh. XXIX. Selbst die Natur der summarischen Prozesse wurde aus Mangel einer richtigen Ansicht vom ordentlichen Prozesse entstellt, wenn manche Rechtslehrer den Grund des Mandatsprozesses in der prompten Vorlage der Beweise aufsuchten, anstatt daß der Grund in der *Qualifikation* der Sache zu jener besondern Rechtshülfe lag, und diese Rechtshülfe nur durch Vorlage der Beweise mit dem Anrufen bedingt war.

**) Ehemals verband man andere Begriffe mit den Worten *Processus ordinarius* und *sum-*

Hieraus gehen sowohl für die Anordnung der Materien, in einem Prozeßskodex, als für die richtige Anwendung der gesetzlichen Vorschriften Folgen hervor, die eine nähere Betrachtung verdienen.

In *legislativer* Hinsicht ist es eben darum, weil der ordentliche Prozeß die *Regel* aus-

marius. Der artikulierte Prozeß war die *allgemeine*, und lange Zeit hindurch sogar die *einzig* Verhandlungsart, sowohl für die gewöhnliche (*Processus Citationis*), als für die ausserordentliche (*Processus Mandati*) Rechtshülfe. Erst in der Kammergerichtsordnung v. J. 1555. wurde dem Kläger erlaubt, seine Klage auch ohne Zerlegung in Artikel anzubringen, welche dann eine *summarische* hieß, welcher das artikulierte Verfahren als *ordentliches* gegenüber stand. Dessen wegen hat der Reichsabschied v. J. 1654. nicht bloß die *artikulirten Libelle* sondern im §. 34. den ganzen *artikulirten Prozeß*, und selbst diesen nicht bloß überhaupt, sondern noch in drei besondern Stellen §. 37. 64. 96. namentlich bei Citations-Mandats- und Appellationssachen abgeschafft. Eine genaue Darstellung des alten artikulirten Prozesses findet sich in meinem Handb. B. I. Abb. III. Seit jenem Reichsabschied verbindet man mit den Worten *Processus ordinarius* und *summarius* richtigere Begriffe; jenes bezeichnet die *Regel*, dieses die *Ausnahmen*.

macht, welche auch im summarischen Verfahren bis zur gesetzlichen Ausnahme fortgilt, weit rätlicher, mit demselben jene Bestimmungen zu verbinden, welche mit jener Regel im nächsten Zusammenhange stehen, wenn sie gleich dieser Verfahrensart nicht ausschliessend angehören, sondern bei den summarischen Prozessen oder bei Rechtsmitteln ebenfalls zur Anwendung kommen können. Was über Klageschreiben (Buch II. Kap. I. §. 1.) verordnet, und für sich durch den ordentlichen Prozess nicht bedingt ist, gilt auch für jede Imploration in summarischen Prozessen, da diese nur unter einem andern Namen eine Klage ist. Das Gebot, alle Beweise mit der Klage und Antwort (Buch II. Kap. I. §. 2. 10. u. 11.) zu verbinden, ist Regel für die Intervention sowohl als für alle Prozessarten. Die materiellen Bestimmungen über den Beweis kommen auch im summarischen Prozesse zur Anwendung. Alle diese Bestimmungen in den allgemeinen Theil aufzunehmen, dort die Beweismittel nach ihrer Eigenschaft, hingegen nach dem Verfahren bei Erhebung derselben im besondern Theile abzuhandeln, wäre eine Huldigung der Schulform auf Kosten einer einfachen und natürlichen Ordnung, würde dem allgemeinen Theile eine allzugros-

se Ausdehnung geben, und die verwandten Gegenstände ohne Noth trennen. Nach diesen Rücksichten sind die Materien des zweiten Buchs geordnet und behandelt.

In *doktrineller* Rücksicht erhellet daraus die Wahrheit und Wichtigkeit jener Regeln für Anwendung der Vorschriften über den ordentlichen Prozeß auf das summarische Verfahren, welche Grolman *) meisterhaft dargestellt hat, und wovon zum *dritten* Buche das Nähere vorkommt.

II. Vor Allem mußte ich mir bei dem ordentlichen Prozesse, eben weil er die Regel bildet, die Frage aufwerfen: *ob man nicht das mündliche Verfahren der Partheien zum Protokoll als Regel aufstellen sollte?*

Dieses wäre allerdings ohne die Komplikationen und Beschwerden der richterlichen Untersuchung über das unter den Partheien streitige Faktum, wie solche der preussische Prozeß anordnet, auch mit dem Verhandlungsprinzip vereinbar. Ordnete man zur *Instruktion des Faktums* und zu den hierauf sich beziehen-

*) Theorie des gerichtl. Verfahr. §. 227 — 230.

den Verhandlungen unter den Partheien eine Tagsfarth (Tagssatzung, Kommission) an, nach deren Abhaltung zur *Deduktion des Rechts* beide Theile innerhalb eines gesetzlichen Termins von 30 Tagen eine Vertheidigungsschrift zu übergeben dürften, welche gleich den Deduktionen über Beweis (Kap. X. §. 9.) ohne weitere Verhandlung beiderseits bloß zur Nachricht mitgetheilt wird, so könnte man hoffen, daß in zwei Monaten nach übergebener Klage viele Prozesse mit geringeren Kosten zum Spruche reif wären, ohne das Verhandlungsrecht der Partheien einzuschränken, und ohne den preussischen Inquisitionsprozeß zu adoptiren. Wirklich wurden auch vormals in Teutschland viele wichtige Streitsachen auf solche Art durch *protokollarisches Rezessiren* instruiert, noch findet diese Form in vielen summarischen Sachen statt, selbst der Entwurf hat diese Form im dritten Buche angenommen: was sollte uns hindern, eine leichtere Verhandlungsart als Regel aufzustellen, welche den Zweck vollkommen erreicht, und dabei Vieles an Zeit und Kosten erspart? Ich fürchtete gerechte Vorwürfe, wenn ich diesen Gegenstand, der eine so gefällige Seite zeigt, nicht nach allen Rücksichten prüfte, denn gewiß verdient in der Prozeßlegislation jeder Vorschlag hohe Auf-

merksamkeit, welcher Abkürzung der Prozesse mit vollständiger Rechtsvertheidigung zweckmässig vereint.

Nach Abwägung aller Gründe habe ich mich überzeugt, daß nur das *schriftliche* Verfahren durch Klage, Antwort, Replik und Duplik als *Regel* aufgestellt werden soll, folgende Gründe haben mich dafür bestimmt:

1) Der ordentliche Prozeß, in welchem die wichtigsten und verwickeltsten Streitsachen verhandelt werden sollen, die oft über das Wohl ganzer Familien entscheiden, muß so gebildet seyn, daß die Partheien ihr Recht mit genauer Ueberlegung, mit Umsicht, oft mit Abwägung der Worte, ohne übereilt, überrascht oder überlistet zu werden, und mit stäter Rücksicht auf das Vorbringen ihres Gegners vollkommen vertheidigen können. Oft hängt der Sieg der gerechten Sache von der richtigen Wendung ab, unter welcher die Thatsachen dargestellt und als Vertheidigungsmittel benützt werden. Eben in der *Darstellung des Faktums* liegt die wahre Kunst des Geschäftsmanns, eben in ihr drückt sich die tiefe Kenntniß der Gesetze, der rege Blick ins Leben, und der Scharfblick des Vertheidigers

ab, und man irrt gewaltig, wenn man die Grösse und den Geist des Geschäftsmanns nach der Weitschichtigkeit in Erörterung juristischer Kontroversen bei Prozessen abmifst: sie kommen auch nur zuweilen vor. Die Stellung des Faktums aber ist die Seele eines jeden Prozesses, und wichtiger noch als die Deduktion des Rechts, theils weil diese auf jener beruhet, theils weil der Richter über das *Jus* eine suppletorische Gewalt hat, welche ihm über das *Faktum* nicht zustehet. Wie ist aber bei wichtigen, weitschichtigen oder verwickelten Sachen eben jene richtige und genaue Darstellung des Faktums durch mündliche Verhandlungen in der Regel möglich? Wenige Menschen vereinigen Kenntnisse, Scharfsinn, Geistesgegenwart, schnellen Ueberblick, Klarheit der Darstellung, Sprachreichthum, kurz alle die Eigenschaften in sich, welche der mündliche Vortrag fordert, wenige Advokaten werden fähig seyn, in wichtigen und verwickelten Rechtssachen bestimmte und eingreifende Rezesse aus dem Stegreif zu Protokoll zu diktiren. Mancher vergifst aus Aengstigkeit, um nichts zu vergessen, das Wichtigste, oder verwirrt sich, daß er selbst den Faden nicht mehr findet; der Andere wird weitschweifig. Sichtbar ist mündliche Instruktion der Regel nach

der Wichtigkeit der Rechtssachen nicht angemessen, und eine schriftliche wohl überdachte Verhandlung entspricht dem Zwecke mehr.

2) Auch ist der Gewinn durch Ersparnis an Prozessschriften nur scheinbar. Die Klage müßte doch schriftlich zu den Akten kommen, oder wenigstens bei der Anmeldung umständlich zum Protokoll aufgenommen werden, damit der Beklagte sich darauf zum Instruktionstermine vorbereiten kann; die zwei Rechtsdeduktionen würden demnach nebst der Klage drei Schriften ausmachen, und bei jenem scheinbar mündlichen Verhandeln hätte man zwar eine Schrift weniger, aber einen Instruktionstermin mehr, folglich wäre an der Zahl gerichtlicher Handlungen nichts gewonnen, aber an ihrer Zweckmässigkeit auch noch von der Seite Viel verlohren, daß den Gerichten durch keine Discussion über die Gründe eines jeden Theils vorgearbeitet ist, welche der Wahrheit oft wichtige Dienste leistet.

3) Eben so unbedeutend und ungewiß wäre der Gewinn an Zeit; nicht dreimal unter zehen Fällen würde ein einziger Termin zur Instruktion der Sache hinreichen. Wer könnte es dem Anwalt des Klägers übel neh-

men, wenn er, überrascht durch eine faktische Einrede des Beklagten oder etwa gar durch eine Widerklage, auf die er gar nicht vorbereitet seyn konnte, zur weiteren schlüssigen Verhandlung eine neue Tagsfarth verlangt, oder wenn der Beklagte, da ohnehin die Gerichtsstunden bald abgelaufen sind, sich vorbehält, innerhalb 14 Tagen seine Duplik in einem schriftlichen statt mündlichen Rezesse nachzubringen? Welche Kosten entstehen hieraus für die Partheien durch die Reisen entfernter Advokaten: und welchen Hindernissen begegnet man, bis vier Menschen zu einem Zwecke an einem Tage vereinigt werden!

4) Das größte Bedenken erhebt sich aber, wenn man erwägt, wie sehr man das Personale der Richter und Aktuare, dann das Lokale bei den Gerichten vermehren und erweitern müßte, um Personen und Raum für die unzähligen langen Tagsfarthen zu haben. Was auf dem platten Lande nach den persönlichen Verhältnissen und nach den Streitsachen des Landvolks möglich ist, das paßt nicht für die Städte nach ihren Bewohnern und ihrem vielseitigen Verkehre. Sollten bei einem Stadtgerichte alle Partheiverhandlungen zum Protokoll diktirt werden, sollten sich auf diese Art die

Arbeiten aller Schreibstuben der Advokaten in einem Gerichte vereinigen, wo nähme man Menschen, Zeit und Raum genug bei den Gerichten her? Auch müßten die Richter an Abhaltung solcher Tagsfarthen jene Zeit verschwenden, welche denselben zur gründlichen Entscheidung der Rechtssachen, und, was ich doch ja bei den Richtern nicht zu vergessen bitte, zum *Fortschreiten im Studium* so nothwendig ist. Will man mich auf die bekannten *Recessus scripti loco oralium* hinweisen, welche ich bei dem Konkursverfahren (Buch III. Kap. IX. §. 14.) selbst begünstige, so hätte man *mutato nomine* das alte schriftliche Verfahren, und dieses vielleicht um die zwei Rechtsdeduktionen vermehrt!

Diese Gründe bewogen mich, es für den ordentlichen Prozeß *beim Alten* zu belassen, und das *schriftliche* Verfahren beizubehalten, welches seit Jahrhunderten in Teutschland herrschte.

III. Die Beibehaltung des schriftlichen Verfahrens erleichterte mir den Vorschlag einer andern für den ganzen Prozeß höchst wichtigen Verbesserung, welche durch Ersparnis an Zeit und Kosten für Justizbeförderung

sehr wohlthätig wirkt, und durch vieljährige Erfahrung in *Oesterreich* und *Preussen* so bewährt befunden wurde, daß eine neue Gesetzgebung, die sich jene Verbesserung nicht aneignet, weit hinter ihr Zeitalter zurückträte. Sie betrifft die *Verbindung der Beweise mit den Streitverhandlungen*.

Der vormalige gemeine teutsche Prozeß machte im gerichtlichen Verfahren zwei scharfe und wichtige Abschnitte, ein Rechtsstreit erschien als ein grosses *Drama in zwei Akten*, von welchen jeder sich mit einem Urtheil schloß. Der *erste* Akt, von der Klage bis zur Duplik, war bestimmt zur Ausmittlung der eigentlichen *Streitpunkte* unter den Partheien, das *Beweisinterlokut* über den Beweissatz und die Beweislast legte den Grund zu dem weiteren Verfahren. Der *zweite* Akt, von der Beweisantretung bis zu den Schlußhandlungen über die Beweisführung, war bestimmt zur Erhebung der *Beweise*, das *Endurtheil* entschied nicht blos, ob bewiesen sey, sondern zugleich den ganzen Streit.

Diese Anlage des Verfahrens scheint natürlich und einfach, angemessen dem Zwecke der gerichtlichen Verhandlungen, anpassend der

gewöhnlichen Ordnung, die es mit sich bringt, daß man vom Beweise nicht eher spricht, bis das Ableugnen des Gegners ihn nothwendig macht *); kaum sollte man glauben, daß diese Absonderung soviel schadet, daß hinter jener scheinbaren natürlichen Einfachheit eine künstliche Maschine verborgen liegt, und daß eben in diesem Punkte der Prozeß einer wohlthätigen Reformation bedarf. Und doch ist es nicht Anders!

Beobachte man nur den gemeinen Mann vor Gericht, in dessen Handlungen sich der gesunde, durch keine juristische Formel verdorbene, Menschensinn ausspricht: er sey Kläger oder Beklagter, ohne Beweisinterlokut kommt er gewaffnet mit seinem Beweise zu Gericht, unverlangt legt er die Urkunden vor, auf der Stelle benennt er die Zeugen oder schiebt seinem leugnenden Gegner den Eid zu. Ist es *Natur* oder *Kunst*, wenn ihm der Richter sagen will, zur Vorlage der Beweismittel

*) v. Eggers Entwurf einer allgemeinen bürgerlichen Prozeß- und Gerichtsordnung B.I. §. 428. u. ff. und der Entwurf zu einer neuen Gerichtsordnung für die chursächsischen Lande, Dresden 1803. haben noch jene zwei Abschnitte des Verfahrens beibehalten.

und zur Antwort auf dieselbe sey jetzt die Zeit noch nicht, damit müsse zugewartet werden, bis der Richter das Beweisurtheil gefällt hat, woraus die Partheien erfahren würden, von wem und worüber der Beweis zu führen sey?

Nicht einmal vermochte die Kunst, jene Theilungsmaschine immer fest zu halten, so sehr behauptet die Natur ihre Rechte. Die Erlaubniß, den Beweis zu anticipiren, d. h. vor dem Beweisinterlokute freiwillig oft in der ersten Streitschrift durch Urkunden, zu führen, brachte sie ausser Gang. Freilich war eben dieser *anticipirte Beweis* *), als ein durch Gesetze nicht geregeltes Mittelding, eine Quelle neuer Uebel- und Kontroversen, aber mißtrauisch hätte er doch machen sollen gegen den Glauben, als liege eine Trennung des Beweisverfahrens von den Streitverhandlungen im Wesen des Prozesses. Wie kann eine Anlage des gerichtlichen Verfahrens natürlich seyn, welche das erste Verfahren bis zum Beweisinterlokut als ein Aggregat unbescheinigter, aus der Luft gegriffener, durch keinen Beweis un-

*) Leyser Medit. ad Pand. Spec. 258. med. 2.
Handbuch Band II. Abh. XL.

terstützter Behauptungen der Partheien sich denkt? Warum soll der Kläger den Vortrag, die Schuldurkunde, das Testament, worauf er seine Klage gründet, nicht mit der Klage sogleich vorlegen, oder, wenn er den Beweis durch Zeugen oder Eideszuschreibung führen will, nicht sogleich jene Zeugen benennen, oder den Eid zuschieben? Will man es ihm *erlauben*, so ist es konsequenter, es ihm zu *befehlen*, denn mit diesem Gebote ist auch die Verbindlichkeit des Beklagten ausgesprochen, sich darüber zu vertheidigen, sich über Anerkennung der Urkunde, Glaubwürdigkeit der Zeugen, Annahme des Eides sogleich zu erklären, seine Gegenbeweise und die Beweise seiner Behauptungen ebenfalls sogleich vorzulegen, anstatt daß er, jene künstliche Trennung in zwei Akte vorausgesetzt, Erklärungen und Handlungen im ersten Akte verweigern könnte, welche das Gesetz erst im zweiten Akte vorgeschrieben hatte. Wozu soll auch eine erzwungene Trennung desjenigen frommen, was füglich in eine Handlung vereinigt werden kann: warum will man den Gerichten doppelte Mühe, den Partheien doppelte Kosten verursachen, und durch die ganze Anlage des Verfahrens die Dauer eines Streits auf das doppelte erhöhen?

Wer

Wer in einem Prozesse auftritt, er sey Kläger, Beklagter, Intervenient u. d. der muß sich im voraus auf die Mittel gefaßt machen, womit er seine faktischen Behauptungen nöthigenfalls beweisen kann; der kluge erwartet in einem Streite nichts vom guten Willen seines Gegners, was man von seinen Beweisen nicht zu hoffen hat, wird man noch weniger vom freiwilligen Geständniß des Gegentheils erhalten. Das Gesetz kann daher mit vollem Rechte von jeder Parthei fordern, daß sie bei Aufstellung einer faktischen Behauptung sogleich die Mittel zum Beweise derselben anzeige, und daß dann der Gegentheil seine Vertheidigung gegen die Behauptung, und gegen die angezeigten Beweismittel zugleich richte. Dieses ist nicht bloß gerecht und natürlich, sondern selbst dem Geiste eben jenes Verfahrens angemessen, dessen Tendenz in genauer Festsetzung *aller* faktischen Streitpunkte unter den Partheien besteht; denn auch die Beweismittel geben zu faktischen Streitpunkten, z. B. über die Aechtheit eines Dokuments, über die Tüchtigkeit eines Zeugen, über die Zulässigkeit einer Eidesdelation Anlaß, und es ist kein Grund vorhanden, diese Streitpunkte in einen besondern Abschnitt des Verfahrens zu verweisen; sogar würde diese Hinweisung gegen den

Hauptgrundsatz (Buch I. Kap. I. §. 4.) anstossen, daß in jedem Rechtsstreit und jeder einzelnen Handlung alle Streitpunkte zugleich verhandelt werden sollen. Vollkommen gerecht und zweckmässig ist also das Gesetz, welches die Partheien verbindet, mit jeder Streitverhandlung den Beweis ihrer Behauptungen anzutreten, und im Verlaufe des Streits sich nicht bloß gegen die Behauptungen ihres Gegners, sondern auch gegen dessen Beweis zu vertheidigen.

Die Verbindung des Beweises mit den ersten Streitverhandlungen besteht im wesentlichen darin, daß 1) das Beweisinterlokt ganz aus dem Prozesse verschwindet, indem jede Parthei sogleich in jeder Schrift den Beweis ihrer Behauptungen antreten muß; daß 2) jede Parthei in eben jener Handlung, worin sie sich gegen das Vorbringen ihres Gegners vertheidiget, auch Vertheidigung gegen dessen Beweis sowohl a) durch Einwendungen gegen dessen Zulässigkeit oder Glaubwürdigkeit als b) durch Antretung des Gegenbeweises führen, anebst c) ihre dahin gehörigen Erklärungen z. B. ob sie die Urkunde ohne Vorlage des Originals für ächt halte, den Eid annehme oder zurückschiebe, abgeben muß. Auf diese Art liegen in den ersten Verhandlungen alle Vorbereitungen

zur wirklichen Vollführung des Beweises, und alle Handlungen, welche zur Aufnahme der Beweise, bei dem Augenschein, bei dem Zeugenverhör, bei der Eidesleistung nothwendig sind, reihen sich an jene Verhandlungen unmittelbar an, ohne daß jene Verhandlungen, welche der Erhebung der Beweise vorhergehen, von den Streitverhandlungen überhaupt getrennt und der Zeit nach als ein neuer Akt des Drama erscheinen.

Eine Vergleichung des Prozeßgangs nach der vorigen Trennung des ganzen Beweisverfahrens mit dem Prozeßgang nach der vorgeschlagenen Verbindung wird die grossen Vortheile der letzten zeigen, und meinen Vorschlag rechtfertigen.

1) Vormalis erfolgte nach den ersten vier Schriften ein Interlokut über die Beweislast und den Beweissatz, welches zugleich den Beweistermin bestimmte. Bis jenes Interlokut gefällt, verkündet und der Termin, für den es auch eine Verlängerung gab, abgelaufen war, giengen wenigstens zwei bis drei Monate verlohren. Aber nun gab auch jenes Interlokut, als ein gemischtes, Anlaß zu Appellationen, einen Spielraum für Verlängerung

der Prozesse. Von einer Legislation, welche nebst jenem Beweisinterlokute überdies noch einen neuen Streit über die Beweisartikel und einen Relevanzspruch anordnet, und durch Beibehaltung der traurigsten Reste des artikulirten Prozesses jenes Uebel verdoppelt, sey hier gar nichts gesagt, denn jedes Wort darüber wäre verlorrne Mühe! — Die vorgeschlagene Verbindung befreit den Prozeß von dem Beweisinterlokute und allen seinen Folgen. Zwar kann auch jetzt noch die Frage über die Beweislast entstehen, und der Entwurf mußte sie (Kap. III. §. 2.) beantworten, aber sie hemmt nicht mehr, wie sonst, den Lauf der Verhandlungen, denn erst bei dem Endurtheil kann sie vorkommen, und anstatt, daß sie vormals gewöhnlich zu entscheiden war, wird sie künftig nur höchst selten einer Entscheidung bedürfen. Muß über die Beweislast ein besonderes Urtheil erfolgen, so streitet wohl mancher darüber, besonders wenn er den Prozeß gern verlängerte; keine Parthei aber wird in der Ungewißheit über diese Beweislast ihre Beweismittel unbenutzt lassen und den ganzen Streit auf das Spiel setzen.

2) Vormals gab das Beweisinterlokut das Signal zu einem ganz neuen Kampfe. Der

Beweisantritt forderte eigene Mittheilungen, diese veranlaßten neue Termine, neue Fristgesuche, eigene Wechselverhandlungen. Man nehme die nächsten besten Gerichtsakten zur Hand, und berechne die Zeit und die Kosten, welche die Partheien hierdurch verlohren haben, um den Werth einer Reform anzuerkennen, welche sie von diesem Verluste befreit.

3) Vormalis suchten die Gesetze eine Nachhülfe in der Erlaubniß, den Beweis zu anticipiren. Allein diese halbe Maasregel fruchtete Wenig, und schadete Viel. Der Gegentheil war nicht verbunden, sich darauf einzulassen, und konnte, sobald ihm an Verzögerung lag, die Absicht seines Gegentheils vereiteln durch den Vorbehalt seiner Rechtszuständigkeiten bis zu dem Beweisverfahren. Aber auch nach seiner Einlassung, sogar nach Anticipirung des Gegenbeweises war oft geschadet; kein peremptorischer Beweistermin war vorhergegangen, und es mußte, wenn der Beweis nicht hergestellt wurde, erst auf besseren Beweis interloquirt, und solchergestalt ein Beweisverfahren nach dem andern eingeleitet werden, bloß um in die eingebildete Form der Verhandlung durch zwei gesonderte Akte einzulenken! Jenes schwankende Mittelding des anticipirten Be-

weises verschwindet von nun an aus den Gerichten, und dasjenige, was manche Partheien dadurch gewinnen wollten, ist nunmehr für alle durch das Gesetz errungen.

4) Vormalst trug manche Parthei kein Bedenken, den Behauptungen ihres Gegners zu widersprechen, denn sie standen in der Prozessschrift so unbescheuigt, so aufs Geradewohl hin behauptet, daß man ohne Erröthen widersprechen konnte; man bedarf keiner grossen Menschenkenntniß, um im voraus zu wissen, wie sehr dieses die Ableugnungen im Prozesse und die Beweisführungen vermehrte. Selbst für die *Eide* lag darin eine Gefahr. Die Menschen wollen konsequent seyn, und beharren oft aus falscher Schaam auf einer Unwahrheit, weil sie einmal das Wort ausgesprochen hatten; wer gleich bei seiner Antwort gewußt hätte, daß ihm sein Gegner im Mangel anderer Beweise den Eid anträgt, der würde, um dem Eide zu entgehen, den Umstand sogleich zugestanden haben; wer aber den Umstand abgeleugnet hat, in der Hoffnung, sein Gegner könne ihn nicht beweisen, der muß ein zartes Gewissen haben, wenn ihn eine nachfolgende Eideszuschiebung zu dem Bekenntnisse bringen soll, daß er Anfangs die Unwahrheit ge-

sagt habe! So wie hier tritt dies bei allen Beweismitteln ein; viele geben sich die Mühe freiwilliger Anerkennung, wenn sie im Voraus ihre Ueberweisung berechnen können, während sie bei einer Trennung der Beweismittel von den Behauptungen diesen mit Dreistigkeit widersprechen. Zuverlässig dient die Verbindung der Beweise zur Verminderung der Ablehnungen und der hierdurch notwendigen Beweisführungen, wie sie ohnehin ungegründeten Klagen und Prozessen vorbeugt.

5) Hierdurch ist auch der einzige Einwurf gehoben, den man gegen diese Verbindung machen könnte, als vermehre sie die Mühe einer Parthei ohne Noth, da man vor der Ablehnung den Beweis antreten müßte. Die Mühe des Beweisantritts, die dann allein in Betrachtung kommt, ist so groß nicht, daß sie die übrigen Vortheile der Verbindung aufwiegen könnte; und selbst diese Mühe ist nicht ganz verlohren, denn einestheils rechtfertigt sich die Parthei durch Vorlage der Beweise über die Rechtmässigkeit ihrer Sache, anderntheils bleibt es immer problematisch, ob nicht mehr die Furcht, überwiesen zu werden, als innerer Antrieb den Gegner von der Ablehnung abgehalten habe.

Dieser überwiegenden Vortheile wegen, für welche die vieljährigen Erfahrungen in *Oesterreich* und *Preussen* sprechen, habe ich die Verbindung der Beweise mit den Streitverhandlungen hier angeordnet. Indessen blieb eine konsequente, allen Rücksichten entsprechende und doch einfache Durchführung noch immer eine schwere Aufgabe. Die *preussische* Gerichtsordnung, welche diesen Gegenstand in ihr Untersuchungsprinzip verwebt, konnte ich ohnehin nicht zum Vorbilde nehmen; die *österreichische* Gerichtsordnung hat durch übertriebene Kürze bei ihren Richtern eine Ergänzungsgabe vorausgesetzt, der ich bei einer solchen eingreifenden Reform nicht vertrauen mochte; ich beschränkte mich daher auf den allgemeinen Ausspruch jener Verbindung nicht, sondern suchte zugleich, ihre Ausführung und ihre Folgen genau darzustellen. Die legislativen Rücksichten, welche man dabei stets im Auge behalten muß, sind a) daß alle mit den Streitverhandlungen vereinbaren Theile des Beweisverfahrens in Eines vereinigt werden; b) daß man dabei jeder Verwirrung im gerichtlichen Verfahren vorbeugt; c) daß keine Parthei an den Vertheidigungsmitteln etwas verliert; d) daß alle Zwischenurtheile, solange es möglich ist, vermieden werden; e) daß der Richter von

den Streitverhandlungen sogleich zur Aufnahme der Beweise schreitet, als zu jenen kein Grund mehr vorhanden ist, und die Entscheidung bloß noch von diesen abhängt. Wie diese Rücksichten in der Durchführung eingehalten wurden, werde ich bei den einzelnen Bestimmungen vorzüglich zum folgenden ersten Kapitel zeigen.

IV. Diese Verbindung hatte auch auf die Anordnung der Materien in diesem Buche einen besonderen Einfluß. Streitverhandlungen, Beweis und Endurtheil sind seine Hauptbestandtheile. Bei dem *Beweise*, welcher im Ganzen auch hinsichtlich seiner rechtlichen Eigenschaften und nicht bloß in Ansehung des Verfahrens der Einleitung (§. 3. num. 3.) zufolge in dem Prozeßkodex und zwar bei dem ordentlichen Prozesse abzuhandeln ist, war es einem natürlichen Zusammenhange gemäß, die Eigenthümlichkeiten des Verfahrens nach Verschiedenheit der Beweismittel bei jedem besonders anzugeben, ungeachtet manche Handlungen darunter vorkommen, welche nach der obigen Bestimmung mit den Streitverhandlungen verbunden werden müssen. Die *Streitverhandlungen*, welche vormals nach dem Unterschied zwischen dem ersten Verfahren und dem Be-

weisverfahren abzutheilen waren, erschienen bei der Verbindung mit dem Beweise in einem andern Lichte. *Klage* und *Antwort* sind in allen Fällen wesentlich, *Replik* und *Duplik* und andere Schlussverhandlungen mehr zufällig, denn das Gesetz darf durchaus den Schlen-
drian nicht mehr zulassen, daß nach einem in der Klage zugeschobenen und in der Antwort angenommenen Eid der Richter die Replik und Duplik veranlasse, er muß sogleich eingreifend zur Abnahme des Eides schreiten. Auf dieser Ansicht beruhet die Absonderung der Streitverhandlungen in zwei Kapitel (Kap. I. u. II.). Die folgenden Kapitel (III—IX.) handeln vom Beweise und von den einzelnen Beweismitteln; die Bestimmungen über den Schluß des Beweisverfahrens und das *Endurtheil* (Kap. X.) beschliessen dieses Buch.

Erstes Kapitel.

Von der Klage und Antwort.

§. 1.

Klageschreiben.

Die Theorie von Klagen und Einreden liegt ausser dem Kreise eines Prozeßkodex (Einleit.

§. 3.) daher beginnt dieses Kapitel mit der Klagschrift. Manche veraltete Sätze habe ich absichtlich übergangen; ich rechne dahin a) das *Nomen actionis*, welches bei der römischen Formularjurisprudenz von Bedeutung war, aber schon im kanonischen Rechte seinen Untergang fand. Für die Schule mögen die *römischen* Namen der Klagen einigen Nutzen haben, in den Gerichten als Kunstworte gebraucht werden, um unter Männern vom Fache sich kurz auszudrücken; aber in einem Gesetzbuch für ein *teutsches* Volk sind dergleichen *lateinische* Namen ein auffallender Mißstand, oft nicht mehr als eine lateinische Uebersetzung eines gleich bestimmten teutschen Worts, immerhin aber entbehrlich, denn selbst in dem Fall, wo die teutsche Sprache kein eben so bestimmtes Wort darböthe, gebe man dem fremden das Bürgerrecht, oder der Gesetzgeber schaffe sich seine juristische Sprache. Um die Advokaten und Gerichte an diese Barbarei des Geschäftsstyls nicht zu erinnern, habe ich mit Vorbedacht vom *Nomen actionis* nichts gesagt. b) Eben so wenig bestimmte ich etwas über die Frage, welche Klage für angestellt zu achten sey, wenn dieses aus der Klagschrift nicht erhellt; denn dieser Fall kann eigentlich nicht vorkommen; ist aus der Klag-

schrift gar nicht zu entnehmen, was der Kläger will, dann muß sie von Amtswegen verworfen werden, und zeigt sich aus der Geschichtserzählung und dem Petitum, was er will, so herrscht auch über die angestellte Klage kein Zweifel, besonders da der Entwurf im Allgemeinen (Buch I. Kap. V. §. 2.) den Grundsatz: *non ultra petita partium* streng befolgt. c) Auch die *Causa petendi proxima* und *remota* übergieng ich als eine Frucht der römischen Formularjurisprudenz, welche nur in den Werken der Rechtsgelehrten noch lebt, aber aus unsern Gerichten längst verschwunden ist. Die Klage aus einem dinglichen Rechte muß gleich der Klage aus einem persönlichen Rechte die Erzählung jener Thatfachen in sich enthalten, woraus die Klage entspringt; wer eine Erbschaft fordert, muß in der Erzählung anführen, ob er sie aus einem Testamente oder als Intestaterbe in Anspruch nimmt, und eben darin liegt die Anzeige der *Causa remota* und *proxima*, wie bei persönlichen Klagen.

Die Klagschrift als der erste Schritt im Rechtsstreit und als dessen Grundlage muß vor Allem sämtliche streitende Theile (N. 1.) genau benennen; in den folgenden Schriften können sie mit der bekannten Formel „und

Consorten“ kürzer bezeichnet werden. Sodann ist eine genaue Erzählung der Umstände (Num. 2. u. 3.) nothwendig, welche theils das Klagerecht an sich, theils den Gegenstand der Forderung auch in Rücksicht der Nebenforderungen, theils die Legitimation zur Sache angehen. Hierauf folgt (N. 4.) eine bündige Ausführung der Rechtsgründe, des aus der Geschichtserzählung abgeleiteten Anspruchs. Dieser Grund der Klage als *Deduktion* des Klagerechts, in der Kunsprache *Medium concludendi*, darf mit der oben bemerkten *Causa petendi* nicht verwechselt werden, welche zum *historischen* Theil der Klagschrift gehört. Die Ausführlichkeit dieser Deduktion hängt von der Beschaffenheit des Falls ab, bei ganz einfachen Rechtssachen z. B. auf Erfüllung eines Vertrags oder auf Zahlung einer Geldschuld, wo sich derselbe von selbst versteht, drückt man den Rechtsgrund in einer andern Wendung, z. B. dafs der Beklagte in Güte zur Erfüllung des Vertrags nicht zu bewegen sey, als Uebergang zum *Petitum* aus. Bei dem *Klagegrund* ist der Platz, wo man die verschiedenen Klagen, welche aus einem und demselben Geschäfte entspringen, und entweder alternativ oder eventuell zugleich (Buch I. Kap. I. §. 5.) vorgebracht werden müssen, mit-

telst einer kurzen Ausführung anzugeben hat, indem man z. B. nach Erzählung des Testaments ausführt, daß dasselbe entweder wegen rechtswidriger Uebergabung eines Notherben hinsichtlich der Erbeinsetzung ganz zerfalle, oder wenigstens den an seinem Pflichttheil verkürzten Notherben zur Klage auf dessen Ergänzung berechtige. Daß übrigens bei dieser Rechtsausführung *zweckmässige Kürze* herrschen müsse, bedarf aus den allgemeinen Vorschriften keiner Wiederholung.

Eine genaue und bestimmte Anzeige dessen, was der Kläger in Haupt- und Nebensache fordert (N. 5.) ist schon überhaupt nothwendig, theils weil er den gerichtlichen Schutz verlangt, folglich auch dessen Gegenstand bestimmt, anzeigen muß, theils damit der Beklagte den ganzen Umfang des Anspruchs kennt, gegen welchen er sich zu vertheidigen hat. Da ich den Grundsatz: *non ultra petita* strenger (Buch I. Kap. V. §. 2. u. 3.) als man es bisher that, einhalten mußte, so war es rathlich, darauf bei der Klagschrift besonders hinzuweisen. Die bekannte *Pluspetitio* mußte hier (N. 6.) berührt werden, doch fand ich die im römischen Rechte dagegen verhängten Privatstrafen unzweckmässig.

Die Schlußbitte (N. 7.) muß aus der Geschichte Erzählung und dem Klagegrund folgen; war der Gegenstand der Forderung schon in der Klagschrift genau bestimmt, so kann man sich darauf im Petitum beziehen. Dafs diese Schlußbitte, wenn die Verbindlichkeit des Beklagten selbst alternativ ist, alternativ, und bei *eventuell* gehäuften Klagen auch hiernach gestellt seyn muß, leuchtet für sich ein. Wo das Civilgesetz dem Beklagten überläßt, sich durch Leistung einer andern Sache von dem, wozu er verbunden ist, zu befreien, da paßt freilich ein alternatives Petitum der Schulform nicht strenge an; weil es aber dem Rechte des Beklagten nicht zu nahe trete, und im Effekte gewöhnlich auf Eines hinausgehet, so würde es Padanterei seyn, ein solches Klagschreiben der alternativen Bitte wegen zu verwerfen.

Bei kumulirten Klaggegegenständen (N. 8.) sorgte ich für die nöthige Unterscheidung der kumulirten Klagen; die Bestimmung anderer Gesetzbücher, jeder Klage eine besondere Klagschrift zu fertigen, und diese Klagschriften mit einem gemeinschaftlichen Präsentationsschreiben zu übergeben, hielt ich für eine zwecklose Formalität.

§. 2.

Verbindung der Beweise mit der Klage.

Hier folgen die Hauptbestimmungen über Verbindung des Beweises mit den Streitverhandlungen, welche schon bei den allgemeinen Bemerkungen zu dem zweiten Buche überhaupt gerechtfertiget wurde. Die im Texte enthaltenen drei Hauptsätze bedürfen einer Erläuterung.

1) Mit der Klage, und eben so mit der Antwort (§. 10. u. 11.), muß die *Antretung des Beweises* (N. 1.) verbunden werden. Das Wort *Beweisantretung* erschöpft Alles; worin diese bestehe, welche Handlungen dazu gehören, dieses hängt von den gewählten Beweismitteln ab, und muß nach den folgenden Kapiteln bemessen werden, welche klar bestimmen, wie der Beweis durch Urkunden (Kap. VI. §. 16.) durch Zeugen (Kap. VII. §. 8.) durch Eid (Kap. VIII. §. 9. u. 14.) anzutreten ist.

2) Fruchtlos wäre das Gebot der Beweisantretung mit der Klage, wenn nicht das Gesetz die peremptorische Kraft aller Termine (Buch I. Kap. V. §. 11.) darauf anwendet. Längst war es anerkannt, daß der Beweistermin nach dem Beweisinterlokt peremptorisch sey, und daß seine Wirkung in dem Verluste aller nicht
ge-

gebrauchten Beweismittel bestehe. Da nun das Beweisinterlokt ganz hinwegfällt, und das Gesetz unmittelbar durch die gebotene Verbindung den Beweistermin im voraus ansetzt, so muß derselbe eben jene Wirkungen hervorbringen, welche schon die bisherigen Gesetze dem durch eine besondere Auflage bestimmten Beweistermine beigelegt haben, und von dieser Seite enthält der Vorschlag nicht einmal eine Neuerung.

3) Wie weit Veränderungen an dem angetretenen Beweise erlaubt sind, wurde als ein Punkt, welcher sich auf den Gegenbeweis und auf alle Streitverhandlungen beziehet, dem folgenden Kapitel III. vom Beweis und Gegenbeweis §. 8. vorbehalten.

4) Wem die Beweislast nicht obliegt, den trifft das Gebot offenbar nicht; dies hätte sich zwar von selbst verstanden; aber mir schien es räthlich dieses ausdrücklich (N. 2.) zu bemerken, theils weil nur die Beziehung auf Freiheit von der Beweislast den Richter abhalten kann, die Klage wegen mangelnden Beweises ohne weiters zu verwerfen, theils weil diese Bestimmung den Uebergang zu den folgenden Sätzen bildet.

5) Hätte man nämlich einer Partei erlaubt, aus dem Grunde, weil sie von der Beweislast frei zu seyn glaubt, den Beweisantritt solange zurückzuhalten, bis über jene Beweislast rechtskräftig erkannt ist, so wären unter einer andern Gestalt die Beweisinterlokute bei der hintern Thüre wieder eingeschwärzt worden, welche man zum grossen Gewinn für die Justiz zur vordern Thüre feierlich hinausgewiesen hat. Um dieses zu vermeiden, war die Bestimmung (N. 3.) nothwendig, daß eine Parthei auf ihre Gefahr die Beweisantretung zwar unterlassen könne, daß aber, wenn sie von der Beweislast nicht frei ist, und sie den Beweis nicht wenigstens eventualiter damit verbunden hat, die Präklusion der nicht gebrauchten Beweismittel eintrete.

6) Doch entziehet die Verbindung des Beweises mit den Streitverhandlungen keinem Theile etwas an seinen Rechten, wer frei ist von der Beweislast, der bleibt es im Rechtssinne, wenn er auch die Beweisantretung mit der Klage oder Antwort verbunden hat. Diese Verbindung im gegenwärtigen Systeme darf dem anticipirten Beweise im vorigen Systeme durchaus nicht gleich gestellt werden; sie ist keine *freiwillige* Uebernahme der Beweislast,

welche im Anticipiren des Beweises lag, sie setzt die Verbindlichkeit zum Beweise voraus, und hat *kraft des Gesetzes* allemal die *stillschweigende Bedingung* in sich, wenn der Antretende zum Beweise verbunden ist, ohne daß derselbe einer ausdrücklichen Verwahrung gegen die Beweislast bedürfte. Wer demnach von der Beweislast frei ist, dem schadet die Beweisantretung nicht, vielmehr legt derselben das Gesetz, welches jeden Vorbehalt entbehrlich macht, im Voraus die Wirkung des Gegenbeweises bei.

§. 3.

Richterliche Verfügung auf die Klagschrift.

Die Klagschrift als Basis des ganzen Prozesses bedarf einer genauen Prüfung des Richters; um der Gleichgültigkeit vorzubeugen, womit manche Gerichte bisher die Klage ohne weiters mitgetheilt, und sich oft am Ende der Verhandlungen in der Verlegenheit befunden haben, zu erkennen, daß die Klage angebrachter massen nicht statt finde, wurden die Hauptpunkte angezeigt, auf welche der Richter zu sehen hat.

Stehet der Einleitung zum Streite nichts entgegen, so wird die Klage zur *Antwort* mit-

getheilt. Mehr in der Ladung zu sagen, wäre überflüssig, ungeachtet mit der Klage auch die Beweisantretung mitgetheilt wird, denn da kraft des Gesetzes der Beklagte verbunden ist, seine Antwort zugleich auf den Beweis zu richten, da ferner bei jedem Beweismittel insbesondere bestimmt ist, was dem Gegentheil in Ansehung des Beweises obliegt, so erfüllt jene einfache Formel den Zweck der Mittheilung vollkommen, ohne daß die Gerichte mit einer unnöthigen Mühe belastet und die Kommunikativdekrete mit einer Menge überflüssiger Auflagen hinsichtlich des Beweises überladen würden. Auch die *Einfachheit der Formeln* ist Gewinn für Rechtspflege.

Ueberhaupt kann ich die Mittheilung durch *Inskripte* anstatt der bisher üblichen förmlichen Kommunikativschreiben nicht genug empfehlen. Dergleichen besondere Signaturen machen, wenn man auch gedruckte Formulare hat, noch immer, die Kosten für Papier nicht gerechnet, Schreibereien genug, vermehren die Schreiberei und halten die Ausfertigung auf. Das einfache Inskript auf die Klage selbst: „Communicetur dem Beklagten zur Antwort unter dem peremptorischen Termin von 30 Tagen“ sammt dem Datum und der Unterschrift des

Gerichts leistet Alles, was durch besondere Signaturen, Dekrete, Rescripte u. d. geleistet wird.

§. 4.

Vorbereitende Anträge des Beklagten.

Ehe von der Antwort des Beklagten selbst gehandelt werden kann, müssen die Vorbedingungen derselben bestimmt seyn. Sie zerfallen in zwei Klassen, je nachdem bei denselben der Beklagte die Einlassung selbst verweigert oder ohne diese Weigerung nur präparatorische Anträge macht. Von der letzten Klasse ist hier die Rede.

Dafs ich den Beklagten nicht für schuldig erklärte, mit diesen Anträgen die eventuelle Einlassung zu verbinden, rechtfertigt sich bei der Rekusation des Richters und bei seiner Unfähigkeit vor Gericht zu stehen, von selbst. Aber auch auf den Fall, wo er eine Streitverkündigung oder Adcitation verlangt, glaubte ich es erstrecken zu müssen, weil auch dieses zu den Vorbereitungen des Streits gehört, und der Verbindung des Beweises wegen nothwendig ist, als welchen oft der Beklagte erst von demjenigen erwarten kann, dem er den Streit verkündiget.

§. 5.

Gründe zur Verweigerung der Einlassung.

Der bisherige gemeine teutsche Prozeß war viel zu strenge in dem Punkt, daß er nur bei *forideklinatorischen* Einreden die Befreiung von Litiskontestation zugestand, und inkonsequent in dem Punkt, daß er zerstöhrliche Einreden als *prozeßshindernde* (*litis ingressum impediens*) mit der Wirkung einer Befreiung von der Einlassung auf die Klage annahm. Hatte er in einer unmässigen Zahl *dilatorischer* Einreden eine Uebertreibung begangen, so berechnigte ihn dieses nicht zu der andern Uebertreibung, nur die *forideklinatorischen* ausgenommen die mit vielen *dilatorischen* Einreden, *eventuelle* Einlassung gebieten. Sowenig auch Vorpostengefechte begünstigt werden sollen, so glaubte ich dennoch, den Beklagten vor dem Anfang des Streits selbst mehr in Schutz nehmen zu dürfen.

Ist das Prozeßführen eine ernsthafte Sache, die man vorher wohl überlegen soll; ist die Klagschrift die Basis des ganzen künftigen Streits, so giebt es wohl keine gerechtere Forderung, als daß der Kläger alle Bedingungen seiner Klage, ohne welche der Beklagte zur Einlassung nicht verbunden ist, bei dem Anfang des Prozesses richtig stelle. Offenbar rechtswidrig wä-

re es, den Beklagten, zur Einlassung zu verpflichten, ehe man weiß, daß vor *diesem* Gerichte, unter *diesen* Partheien, auf *diese* Klage, in *diesem* Momente und in *dieser* Prozeßart der Streit gültig und ohne Verletzung der Rechte des Beklagten zu verhandeln ist. Mangelt es an einem dieser Stücke, so muß sich der Kläger selbst zuschreiben, wenn durch seine Schuld ein Verzug entsteht. Dieser Gesichtspunkt rechtfertiget die hier aufgezählten Ursachen der Verweigerung von selbst, und je tiefer die ersten Streitverhandlungen wegen Verbindung des Beweises in die Sache dringen, je weitschichtiger und folgenreicher sie sind, je mehr sie die Sache dem Endurtheil annähern, desto strenger muß das Gesetz gegen den Kläger auf Richtigstellung aller erheblichen Vorbedingungen des Prozesses dringen. Doch wurden die rein dilatorischen Einreden am Schlusse dieses §. ausgenommen.

Was hingegen die sogenannten *prozeßshindernden Einreden* angehet, so konnte ich demselben in einem neuen Gesetzbuche keinen Platz mehr zugestehen. Ihr Rechtsverhältniß hat Niemand genauer als ich *) dargestellt,

*) Handbuch Band IV. Abh. LXXVIII. Vergl. Grolman Theorie des ger. Verf. §. 245.

und gewifs wird man mich keiner vorgefafsten Meinung beschuldigen, wenn ich einen Gegenstand aus dem Prozesse verbanne, für dessen Behandlung mir der Beifall unsers tiefdenkenden Grolmann zu Theil ward. Schon der Namen und die Ansicht war falsch, wenn man glaubte, daß diese Einreden den *Prozeß* hindern. Wenn Jemand der Klage die Einrede der Rechtskraft, des Vergleichs oder der Zahlung (*exceptiones litis finitae*) entgegensetzt, so sind dieses *zerstöhrliche* Einreden, welche das *Recht* des Klägers selbst betreffen, worüber der Kläger, auch in Voraussetzung liquider Beweise, gehört werden muß, ehe man ihn abweist; daß dieses ohne *irgend einen* Prozeß nicht möglich ist, fällt in die Augen, und es ist unerklärbar, wie man von *prozeßshindernden zerstöhrlichen* Einreden sprechen konnte. Der einzige Gesichtspunkt, unter dem noch einige Konsequenz zu finden war, lag darin, daß man sie als Einreden ansah, wodurch der Beklagte den Weitläufigkeiten des *ordentlichen* Prozesses zu entgehen, und die Sache in den *umgewandten Exekutivprozeß* zu bringen sucht. Allein da im Geiste des Entwurfs wegen Verbindung des Beweises mit den Streitverhandlungen ein Beklagter, wenn er eine solche Einrede mit vollem Rechtsgrunde entgegense-

tzen kann, die alten Weitläufigkeiten des Prozesses nicht mehr zu befürchten hat, so fiel schon die ganze Ursache hinweg, aus der sie vielleicht in der vorigen Legislation geduldet werden konnten, und es blieben nur jene Gründe übrig, welche ihre Mißbilligung aus dem Standpunkt der Legislation gebieten. Es ist ein Anlaß zu unnöthiger Verdoppelung und Verlängerung der Prozesse, daher allen legislativen Rücksichten widersprechend, wenn das Gesetz über einen und denselben Gegenstand eine Absonderung der zu *einem* Zwecke gehörenden Vertheidigungsmittel so zulassen will, daß nach Entscheidung der Einen noch der Streit über die Andern übrig bleibt. Dieses geschah bei den prozeshindernden Einreden, sie waren nicht gegen den *Prozess* in *formeller* Hinsicht, sondern gegen den *Anspruch* in *materieller* Hinsicht gleich allen andern zerstöhrlichen Einreden gerichtet; waren sie gegründet, so wurde der Beklagte nicht von der *Einlassung*, sondern von der *Klage* selbst durch ein *Endurtheil losgesprochen*; wie mochte man es auch nur mit der Logik vereinbar finden, daß bei dem Ungrund jener Einreden der Beklagte nicht durch eine Definitivsentenz verurtheilt, sondern durch ein *Interlokut* zur *Einlassung* auf die Klage angehalten wurde? Sie öffnen

bloß der Chicane ein weites Feld, um dem heilsamen Gebote, daß der Beklagte *alle* seine Einreden *aufeinmal* vorbringen soll, zu entgehen, sie mußten aus dem Entwurfe verschwinden. Mag immerhin jene mit Beifall aufgenommenene Abhandlung hierdurch Antiquität werden, sie wird wenigstens beweisen, welches Unheil, welche Komplikationen es hervorbringt, wenn man fragmentarisch Gesetze macht oder nach einer eingebildeten Billigkeit auf Kosten durchgreifender Grundsätze Modifikationen und Ausnahmen begünstigt.

§. 6.

Verfahren bei verweigerter Einlassung.

Ueber das Verfahren und die Folgen der Verweigerung waren genaue Vorschriften nothwendig. 1) Der zur Antwort angesetzte Termin gilt auch für die Einreden zur Verweigerung der Einlassung, und für deren Beweis, wenigstens bringt dessen Ablauf nach Verschiedenheit der Fälle irgend einen Rechtsnachtheil hervor. 2) Die Verweigerung wird als ein Inzidentpunkt summarisch behandelt, der Richter verfügt sobald, als ihm die Sache klar ist, auf keinen Fall erstrecken sich die Verhandlungen weiter, als auf die Gegenhandlung des Klägers. 3) Damit die nothwendige Erweite

rung der Verweigerungsgründe von den Partheien nicht zum Verschleife mißbraucht, aber doch die Rechtsvertheidigung nicht zu viel erschwert werde, schien bei offenbarem Ungrund eine starke Geldstrafe gegen die Parthei und den Advokaten zweckmässig, aber in Ansehung der Kontumazialfolgen waren, zwei Fälle zu unterscheiden. Bringt nämlich der Beklagte *innerhalb* jenes Termins die Einreden vor, so wird mit der Verwerfung ungegründeter Einreden ein neuer Termin zur Antwort angesetzt, wie dies bisher bei forideklinatorischen Einreden auch geschah. Bringt er die Einreden *nach* dem Termine vor, so muß man unterscheiden, ob sie *ungegründet* oder *gegründet* befunden wurden. Im *ersten* Fall treten die Kontumazialfolgen ein, weil sonst Jeder unter dem Vorwand solcher Einreden der verwirkten Folgen des Ungehorsams entweichen könnte. Im *zweiten* Fall hingegen würde es widersprechend seyn, eine Parthei mit nachtheiligen Folgen in der *Hauptsache* wegen Unterlassung dessen, zu belegen, was sie zu verweigern befugt war, nur dafür, daß sie *nicht zur rechten Zeit* ihre Gründe vorbrachte, verdient sie eine verhältnißmässige Geldstrafe.

§. 7.

Ungehorsam des Beklagten.

Die Ordnung führte mich nun zum Ungehorsam des Beklagten, wenn er nämlich, ohne daß ihm Verweigerungsgründe zur Seite stehen, auf die Klage gar nicht antwortet.

Der gemeine teutsche Prozeß nahm den Streit in Folge des Ungehorsams für befestiget und die Klage für abgeleugnet an. Weil nun jeder Beklagte mit der Einlassung auf die Klage alle seine Einreden auf einmal bei Verlust derselben vorbringen mußte, so lag die Folge des Ungehorsams in dem Verluste aller dilatorischen und zerstörlchen Einreden, und galt als einzige Kontumazialfolge in allen Fällen.

Bei schärferer Prüfung findet man bald, daß diese Legislation den Weg, den sie einschlagen wollte, verfehlte, und dadurch dem Kläger und dem Beklagten zugleich Unrecht that. Sie fühlte, daß es viel zu hart sey, wegen *einer* Unterlassung dem Beklagten *alle* Vertheidigungsmittel auf immer zu entziehen, sie wollte ihm *ein* Vertheidigungsmittel lassen, und wählte die negative Litiskontestation, bei welcher *der* Beklagte, dem ohnehin keine Einreden zustanden, gar *nichts* verlor, und

dem Kläger der Beweis einer Klage aufgebürdet wurde, welche der Beklagte oft aus Schaam nicht abgeleugnet hätte, während *dem* Beklagten, der die Klage zugestanden, sich aber durch gegründete Einreden vertheidiget hätte, eben jenes Gesetz *alle* Vertheidigungsmittel nahm, welches ihm *ein* Vertheidigungsmittel lassen wollte! Diese Folge des Ungehorsams, deren Inkonsequenz vor Augen liegt, konnte ich nicht vorschlagen.

Geldstrafe ist wohl noch weniger passend. Der Zweck des gerichtlichen Verfahrens und aller Termine ist der Ausgang des Prozesses, unter Partheien muß jede Kontumazialfolge auf diesen Zweck berechnet seyn, und Geldstrafe führt ihn nicht herbei: Ordnet man Gradationen an, so kann sich der Beklagte beiläufig um 40 Thaler den Spas machen, daß der Kläger nach vielen Monaten dem Ende des Prozesses um keinen Schritt näher rückte, und das Gesetz führt, wenn man in jenen Gradationen fortschreiten will, zu einer solchen Höhe von Geldstrafen, daß der Prozeßkodex die Grenzen eines Kriminalkodex übersteigt, und das Prozeßführen in ein Hazardspiel *)

*) Ich kenne einen Fall, wo ein Beklagter wegen einer Geldschuld von einigen Hundert

ausartet, welches eine gute Polizei nicht dulden kann.

Will man nicht den Beklagten auf der Stelle *ganz* für sachfällig erklären, was in vielen Fällen allzuhart wäre, will man ihn nur mit dem Verluste eines Theils seiner Vertheidigung belegen, so kommt es auf die Frage an, mit welchem Theile der Vertheidigung anzufangen sey? und die Antwort ist aus jeder Exceptionsschrift so leicht zu entnehmen, durch die Natur der Verhandlungen, selbst durch wirkliche Erfahrung so nahe gelegt, daß man nur aus den Subtilitäten der fingirten Litis-kontestation es sich erklären kann, warum die Gesetze diesen natürlichen Anfang nicht fanden. Der Gesetzgeber wollte nun einmal die Litiskontestation in *contumaciam* fingiren, wer wird nun das Aergste, eine *affirmative*, erdichten? Aber bei der *negativen* wäre der Beklagte nicht bestraft, also dichtete man weiter, er habe ohne Einreden die Klage abge-

Gulden bereits schon 400 fl. Kontumazialstrafen bezahlt hatte, neuerdings in 400 fl. verurtheilt und ihm die sich stets duplirende Kontumazialstrafe von 800 fl. angedroht war. Ein Beweis, wohin Mißgriffe in der Gesetzgebung führen!

leugnet! Die Frucht solcher Fiktionen haben wir oben untersucht.

Des Beklagten *erste* Vertheidigung besteht in Ableugnung der Klage, die *zweite* in Einreden, folglich muß auch die erste Kontumazialfolge gegen die erste Vertheidigung, und bei fortgesetztem Ungehorsam die zweite Folge gegen die zweite Vertheidigung gerichtet seyn. Diesem natürlichen Gange gemäß wird des ersten Ungehorsams wegen die Klage für eingestanden angenommen, und, weil das Verfahren stets auf das Vorrücken im Prozesse berechnet seyn muß, dem Beklagten ein neuer Termin zur Vorbringung seiner Einreden angesetzt. Läßt er auch diesen Termin verstreichen, so verliert er die Einreden, und muß eben desswegen definitiv verurtheilt werden. Zu meinem Vergnügen fand ich die Folgen des Ungehorsams nach diesen von mir längst ausgezeichneten Ansichten in der *österreichischen* Gerichtsordnung bestimmt.

§. 8.

Antwort des Beklagten.

Statt des Namens „*Exception*“ habe ich den Namen „*Antwort*“ gewählt, da er mir besser, als jener, auf alle Vertheidigungsmittel

gegen die Klage zu passen scheint. Sie wurde zuerst im Allgemeinen behandelt, und die nähere Bestimmung über jeden Theil derselben den folgenden §en vorbehalten.

Unter den allgemeinen Bestimmungen über die Antwort verdient das Gebot eine Auszeichnung, der Beklagte müsse *Alles auf einmal* bei Strafe der Präklusion vorbringen.

Wie ich bei den Gründen zur Verweigerung der Einlassung (§. 5.) die *prozeßshindernden* Einreden stillschweigend abwürdigte, ebenso habe ich hier durch jenes kategorische Gebot die sogenannten *privilegirten* Einreden verbannt. Zum Hohn der Reichsgesetze, welche mit jenem Gebote die wohlthätigste Reform des Civilprozesses anfiengen, legten die Rechtsgelehrten*) einigen zerstörlchen Einreden, besonders des macedonischen und vellejanischen Rathsschlusses, sodann jenen, welche den Beklagten in Dolus versetzen, den Vorzug bei, daß sie auch nach der Antwort auf die Klage, selbst noch bei der Vollstreckung
vor-

*) Danz ordentl. Prozeß §. 186. woselbst eine Menge gleich gesinnter Schriftsteller angeführt ist.

vorgebracht werden können. Aus dem Standpunkt der Legislation kann der Ungrund jenes Vorzugs wohl nicht bezweifelt werden!

§. 9.

1) *In Ansehung des Faktums der Klage.*

Wenn man die Antwort des Beklagten unter den Gesichtspunkt einer *Vertheidigung* stellt, wie es ihrem Zwecke gemäß ist, so erhellet, daß nur die *negative* Litiskontestation hier in Betrachtung kommt, denn die *affirmative* ist wohl Gegensatz der negativen, aber im Genus verschieden, da sie kein Vertheidigungsmittel ist. Der Satz, daß alle Vertheidigungsmittel ausdrücklich gebraucht werden müssen, führt das stillschweigende Zugeständniss (N. 1.) alles dessen, was nicht ausdrücklich abgeleugnet wurde, als nothwendige Folge herbei, wie ich schon oben (Buch I. Kap. VI. §. 3.) gezeigt habe.

Doch darf nicht immer das in der *Klagschrift* angeführte Faktum für gleichbedeutend mit dem *Faktum der Klage* angesehen werden. Stillschweigend zugestanden ist zwar immer nur das *Faktum der Klagschrift*, soferne dasselbe nicht in Abrede gestellt wurde, aber von einer andern Seite muß man das Faktum

der *Klage* auffassen, um den Unterschied zwischen negativer Litiskontestation und *verneinenden Einreden* zu finden, welcher oft auf die Beweislast Einfluß hat, soweit die letzten vom Beklagten bewiesen werden müssen. Aus einem Vertrage kann nur derjenige auf Erfüllung klagen, der ihm von seiner Seite nachkam: wenn nun der Kläger von der Erfüllung in der Klagschrift nichts meldet, und der Beklagte die bekannte *Exceptio non adimpleti contractus* vorschützt, so ist dieses mehr eine Ableugnung des Faktums, wie es in der Klagschrift hätte angeführt werden sollen, als eine wahre Einrede. Um nun diesen Unterschied anzudeuten, und zugleich das Mittel vorzuzeichnen, wie der Beklagte das Faktum behandeln soll, um der bekannten Kontrovers vom *qualificirten* oder *limitirten Geständnisse* *)

*) Man vergleiche hierüber Graffen de confessione qualificata, Götting. 1769. Sibeth Skizze einer neuen Theorie der Klagen und deren Bestreitungen, Rostock 1799. und Nachtrag 1802. mein Handbuch Band II. Abh. XLIII. §. 14 ff. Auch darin bringt die Verbindung des Beweises mit den Streitverhandlungen einen Gewinn, da sie diese Kontrovers in den meisten Fällen unschädlich macht.

auszuweichen, war eine nähere Bestimmung (N. 2.) nothwendig.

§. 10.

2) *In Ansehung der Beweise.*

Die Verbindlichkeit des Klägers zum Antritt des Beweises mit der Klage verpflichtet auch den Beklagten zu jenen Handlungen, welche eine Folge des Beweisantritts sind. Sie zerfallen in drei Klassen: 1) *Vertheidigung* gegen die Beweisantrittung (N. 1.) hinsichtlich der Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit der Beweismittel; dem Beklagten gehen nur jene Einreden verlohren, welche er dermal schon vorbringen kann, nicht aber jene, welche ihm erst durch die Beweisführung selbst bekannt werden, z. B. die erst am Original sichtbaren Fälschungen der Urkunde, die aus den Zeugenaussagen hervorgehende Unfähigkeit oder verminderte Glaubwürdigkeit; 2) *Handlungen*, welche der Beweisantrittung nachfolgen, um die Vollführung des Beweises hiernach einzurichten. Wegen Neuheit des Systems hielt ich für räthlich, diese Handlungen (N. 2.) nach Verschiedenheit der Beweismittel genauer und mit Andeutung des bevorstehenden Rechtsnachteils anzugeben; 3) *Gegenbeweis*, welcher in der gegenwärtigen Stellung mit dem Beweise der Einreden nicht mehr vermischt werden kann.

§. 11.

3) *In Ansehung der Einrede.*

Einreden sind selbstständige, vom Faktum der Klage verschiedene Behauptungen des Beklagten, womit er sich gegen die Klage vertheidiget. Für den Prozeß ist nur die Eintheilung in dilatorische und peremptorische von Bedeutung. Daß ich den Beklagten verband, alle sowohl dilatorische als peremptorische Einreden mit der Antwort zu verbinden, ist mit dem §. 5. nicht im Widerspruch, denn dort ward es in die Macht des Beklagten gelegt, die Einlassung zu verweigern, hier wird vorausgesetzt, daß er die Einlassung nicht verweigere, und eben in diesem Fall war es ganz konsequent, das Gebot, welches schon der Reichsabschied v. J. 1654. enthielt, zu wiederholen. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß auf jene Punkte, welche zur Gültigkeit des Prozesses gehören, und sogar vom Richter unaufgefordert berücksichtigt werden müssen, z. B. die Legitimation, sich die Präklusion nicht erstreckt.

§. 12.

Widerklage.

Um Verwirrungen im Prozesse vorzubeugen, hielt ich die besondere Vorschrift für

zweckmässig, dass die Widerklage mit der Antwort in einer besondern Beilage übergeben werden soll. In gleicher Art wird der Replik die Antwort auf die Widerklage besonders beigelegt, und so können beide in einem Prozesse, ohne Verwirrung verhandelt werden.

§. 13.

Ordnung der Antwort auf die Klage.

Dass diese Vorschriften mehr dem praktischen Unterrichte als dem Gesetzbuch angehören, bekenne ich gern, und wer streng an den Grenzen hängt, der mag diesen §. ohne weiters streichen. Da aber bei den Beweisdeduktionen und bei dem Beschwerdenlibelle ähnliche Bestimmungen nicht umgangen werden können, eben die Antwort auf die Klage viele verschiedene Bestandtheile in sich hat, und ihre Ordnung für die übrigen Verhandlungen sehr wichtig ist, so glaubte ich hier von der strengen Methode abgehen zu dürfen.

§. 14.

Richterliche Verfügung auf die Antwort.

Sollen nicht die Vortheile halb verlohren gehen, welche die Verbindung der Beweise mit den Streitverhandlungen gewährt, so müssen die Gerichte ihren bisherigen Schlendrian

verlassen, und die Antwort des Beklagten in *der* Absicht genau prüfen, um durch eine angemessene und eingreifende Verfügung die oft unnöthigen weiteren Verhandlungen abzuschneiden. Eben deswegen war es nothwendig diejenigen Punkte auszuzeichnen, worauf der Richter sein Augenmerk werfen muß.

Der *erste* denkbare Fall (N. 1.) ist, wenn der Beklagte das ganze Klagerecht, ohne Einreden vorzuschützen, anerkennt, und z. B. in vier oder acht Wochen die Zahlung der eingeklagten Summe verspricht. Schon die Römer sagten in diesem Sinne Confessus in jure pro judicato est habendus, und wenn wir auch den römischen Unterschied zwischen Jus und Judicium nicht mehr haben, so ist doch nichts zweckmässiger, als daß der Beklagte sogleich durch Erkenntniss verurtheilt wird. Seine Zahlungsfristen u. d. gehören zur Vollstreckung des Erkenntnisses, nicht aber zu Verhandlungen vor dem Urtheil.

Der *zweite* denkbare Fall (N. 2.) ist, wenn der Beklagte bloß die Klage ableugnet, aber weder gegen die Klage noch gegen die Beweismittel Einreden vorschützt; wozu sollten alsdenn weitere Streitverhandlungen dienen? Hier

wird sogleich zur Vollführung des Beweises geschritten.

Der *dritte* Fall (N. 3.) bei dem Augenschein rechtfertigt sich von selbst und ist eine sehr zweckmässige *) Erweiterung der richterlichen Prozessdirektion.

Im *vierten* Falle (N. 4.) kommt es zu weiteren Streitverhandlungen. Hieraus zeigt sich zugleich, dass Replik und Duplik nicht immer nothwendig sind, und so ist es gerechtfertiget, dass ich den weiteren Streitverhandlungen ein eigenes Kapitel gewidmet habe.

Zweites Kapitel. Von den Schlussverhandlungen.

§. 1.

R e p l i k.

Nicht blos die Einwendungen des Klägers wider die Einreden des Beklagten (Replicatio-

*) Nach einer trefflichen Bemerkung von Grolman Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 187.

nes) sondern alle Vertheidigungsmittel gegen die Antwort des Beklagten nach ihrem ganzen Umfang sind der Stoff der Replik. Der Kläger stehet daher bei derselben in einem zweifachen Verhältniß; soweit er seine Klage und Beweise wider die *Einwürfe* des Beklagten *bestärkt*, ist er als angreifender Theil zu betrachten, bei der *Vertheidigung* wider die *Einreden* und deren Beweis (Kap. I. §. 11.) stehet er in der Rolle des Beklagten, und alle Vorschriften über die Antwort des Beklagten kommen bei ihm zur Anwendung; dieses natürliche Verhältniß drückten die Römer mit dem Spruche aus: *Reus excipiendo fit actor*. Nach beiden Rücksichten konnte die Replik mit wenigen Sätzen mehr beziehungsweise normirt werden. Daß ich sie *jedesmal* zur Duplik mittheilen lasse, beruhet darin, weil einestheils im ordentlichen Prozesse dem Beklagten das letzte Wort gebührt, anderntheils die Abschneidung einer einzigen Handlung wenig zur Abkürzung der Prozesse beiträgt, daher nicht räthlich ist, eines unbedeutenden Vorthells wegen jene Regel zu stören, und ein komplizirtes Gesetz nach Verschiedenheit der Fälle zu machen, wo zur Duplik geschritten oder das Verfahren schon mit der Replik geschlossen werde,

§. 2.

Ungehorsam des Klägers bei der Replik.

Schon die bisherigen Gesetze, welche den Ungehorsam des Beklagten bei der ersten Vertheidigung nicht mit Verlust *aller* Vertheidigungsmittel belegten, waren bei der Replik strenger, sie präkludirten den Kläger mit der versäumten Handlung. Bei den Folgen des Ungehorsams, wie ich sie wider den Beklagten in Ansehung der ersten Antwort (Kap. I. §. 7.) aufstellte, hätte ich nach strenger Konsequenz das Faktum der Einrede für zugestanden annehmen und zur Beibringung der eigentlichen Replikation einen weitem Termin vorschreiben sollen. Allein jene Gründe, welche bei der *ersten* Vertheidigung des Beklagten anrathen, ihm nicht alle Vertheidigungsmittel auf einmal zu entziehen, treten bei den *weiteren* Streitverhandlungen nicht ein, daher mußte ich hier die Folgen der Präklusion besonders anzeigen. Wo keine Replik ist, da läßt sich eine Duplik nicht denken, dieses ist so einleuchtend, daß man schwer begreifen kann, wie man vormals das Gegentheil annehmen mochte.

§. 3.

Duplik.

Ueber die Duplik und deren Verabsäumung genügen die Hinweisungen auf andere Vorschriften.

§. 4.

Verfahren nach der Duplik.

Ausführlich mußte die Frage beantwortet werden, in welchen Fällen nach der Duplik, womit sich kraft des Gesetzes die Streitverhandlungen als solche, vorbehaltlich derjenigen, welche den Beweis angehen, in der Regel schliessen, noch weitere Streitverhandlungen statt finden. Dieses geschieht entweder von Amtswegen oder auf Ansuchen einer Parthei; jenes setzt voraus, daß in der Duplik *zulässige* neue faktische Umstände vorkommen, worüber nach dem Grundsatz: Niemand darf ungehört verurtheilt werden, weitere Verhandlungen nothwendig sind; dieses setzt neue Ereignisse, welche neue Einwendungen begründen, oder neu entdeckte Umstände oder Beweise voraus, welche sogar nach rechtskräftigem Urtheil eine Wiedereinsetzung begründeten; denn es ist weit räthlicher, vor dem Urtheil jene Vertheidigung zuzulassen, womit das Urtheil nachher angefochten werden könnte.

§. 5.

Termine für Replik und Duplik.

Auch diese Schriftsätze sind wichtig, und fordern oft eine wohl durchdachte Ausarbeitung; eine Beschränkung des Termins schien mir daher unzweckmässig, doch bei der Fristverlängerung kürzte ich den Termin in der Ueberzeugung ab, daß man in sechs Wochen bei jeder Sache mit der Replik fertig seyn kann. Sollte eine Sache sehr weitschichtig und verwickelt, oder sonst eine bescheinigte Ursache vorhanden seyn, so kann der Richter ohnehin eine weitere Verlängerung ertheilen.

§. 6.

Deduktionen über den Beweis, besonders durch Schlüsse und Vermuthungen.

Sind die Streitverhandlungen unter den Partheien bis zur Duplik gediehen, so müssen folgende Fälle unterschieden werden. 1) Unter den Partheien ist nichts vom Faktum streitig, sondern die Sache hängt einzig von der rechtlichen Beurtheilung ab. Hier folgt das Erkenntniß und den Partheien sind weitere Deduktionen nicht erlaubt, weil sie schon in den bisherigen vier Schriften hinreichend ihre Rechte ausführen und der richterlichen Reflexion vorarbeiten konnten, daher jede weitere

Deduktion überflüssig ist. 2) Es liegt ein streitiges Faktum vor, worüber Beweise zu erheben sind. Hier erläßt der Richter jene Verfügungen oder fällt jene Erkenntnisse, welche nach Verschiedenheit der Beweismittel und Streitpunkte nothwendig, und im folgenden §. 7. vorgezeichnet sind. Die Beweise werden dann in gesetzlicher Ordnung zu den Akten erhoben, es finden (Kap. X. §. 9.) die Beweisdeduktionen statt, worauf (Kap. X. §. 10.) das Endurtheil folgt. 3) Zwischen beiden Fällen steht ein dritter Fall in der Mitte, wenn zwar ein Faktum unter den Partheien streitig ist, aber die Beweise desselben schon in den bisherigen Streitverhandlungen liegen, ohne daß weitere gerichtliche Handlungen zur Aufnahme der Beweismittel nothwendig sind. Der Fall kann sich ergeben besonders a) wenn während der Streitverhandlungen der Augenschein von Amtswegen oder auf Ansuchen eines Theils vorgenommen wurde, und es darauf ankommt, welchen Einfluß der Befund auf die Entscheidung hat; b) wenn die Beweisurkunden zwar hinsichtlich der Aechtheit unbestritten sind, aber die Sache von der Beweiskraft des Inhalts oder von dem streitigen Inhalt selbst abhängt; c) wenn ein oder der andere Theil aus den als unbestritten in den Akten liegenden Thatsachen den Be-

weissatz durch Schlüsse oder Vermuthungen ohne weitere Beweisführung vollständig oder unvollständig beweisen will.

In allen diesen Fällen kann man den Partheien die Befugniss nicht bestreiten, ihr Recht durch eine eigene Deduktion zu vertheidigen, welche denselben nach der vorigen Trennung des ersten Verfahrens vom Beweisverfahren zustand, und welche in allem Betrachte eine bedeutende Vorarbeit der richterlichen Reflexion ist; denn Jeder weiss, wieviel bei dem künstlichen Beweise und bei Vermuthungen von einer zweckmässigen Zusammenstellung aller Umstände ankommt, welche nach allen Verkettungen bis zu den feinsten Fäden den Partheien bekannt sind, und nur von diesen lebhaft und entsprechend dem wahren Verlaufe der Sache mit einer Gründlichkeit vorgetragen werden können, die man vom kälteren und mit dem Verlaufe der Sache weniger vertrauten Richter niemals erwarten darf. Die Zulassung dieser Deduktionen war dennoch eine Forderung der Gerechtigkeit.

Doch sind sie nur erlaubt, nicht verwehrt in den gewöhnlichen Lauf der Verhandlungen selbst, und eine gar nicht bedeutende Verlän-

gerung des Prozesses. Verlangt keine Parthei innerhalb des kurzen Termins von *acht Tagen*, eine solche Deduktion zu übergeben, so fällt der Richter das Urtheil; verlangt es eine Parthei, so ist mit Ausschluß einer Verlängerung nur ein Termin von 30 Tagen für beide Theile vorgeschrieben, Wechselschriften finden nicht statt, folglich ist die *vollständige Rechtsvertheidigung* mit der nothwendigen *Beschleunigung des Ausgangs* in vollen Einklang versetzt.

§. 7.

Was der Richter nach geschlossenen Streitverhandlungen zu thun habe?

Jedes Zwischenurtheil macht einen Aufenthalt im Prozesse, und eben in der Verminderung der Interlokute liegt ein Vorzug des neuen Systems *). Wozu bedürften wir bei einem zugeschobenen und angenommenen oder zurückgeschobenen Eide eines Urtheils zur Auflage jenes unbestrittenen Eides, wozu eines Urtheils vor Vernehmung der Zeugen, deren

*) Schon Leyser Meditat. ad Pand. Spec. 467. med. 1. eifert gegen den Mißbrauch der Interlokute.

Glaubwürdigkeit nicht angefochten ist: wozu eines Urtheils vor Abhörung der fähigen aber verdächtigen Zeugen, da die Prüfung der Verdachtsgründe dem Endurtheil vorbehalten bleibt, und der Vorbehalt der Einreden gegen bloß verdächtige Zeugen oder nicht ganz unzulässige Artikel sich kraft des Gesetzes von selbst versteht? Treuer dem Gesichtspunkt, als es in der österreichischen Gerichtsordnung geschehen, habe ich ein Interlokut vor Aufnahme der Beweise nur in jenen Fällen zugelassen, wo es unumgänglich nothwendig ist. Deutlichkeit bei einem neuen Systeme forderte zugleich eine genauere Durchführung, um die Anwendung der Hauptsätze auf die verschiedenen Beweismittel darzustellen.

Drittes Kapitel.

Vom Beweis und Gegenbeweis.

§. 1.

Gegenstand des Beweises.

Die Lehre vom Beweise, jener wichtige Gegenstand des Civilprozesses hat durch die ver-

einten Bemühungen vieler Gelehrten *) in neuerer Zeit an Klarheit, Vollständigkeit und Tiefe sehr viel gewonnen. Sein Begriff gründet sich in der Metaphisik, welche den Beweis eines *Satzes* durch *Begriffe* mit dem eigenen Namen *Demonstration* von dem Beweise einer *Thatsache* durch *Erfahrung*, dem eigentlichen *Beweise*, scharf **) unterschieden hat; jene begründet *mathematische Gewissheit*, dieser nur eine *moralische Gewissheit*, da es noch immer möglich ist, daß jener Erfahrung ein Betrug oder Irrthum zum Grunde liegt. Indessen findet sich das Gesetz für das äussere Forum in der

*) v. Tevenar Theorie der Beweise im Civilprozeß, Magdeb. u. Leipz. 1780. Reitemeier Wahrheit vor Gericht, Frankf. 1802. Schneider vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise in bürgerlichen Rechtsachen, Gießen und Darmstadt 1803. (ist als *Gegenentwurf* mit kritischen Anmerkungen bearbeitet) Ad. Dietr. Weber über die Verbindlichkeit der Beweisführung im Civilprozeß, Halle 1805. H. E. v. Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des historischen und gerichtlichen Beweises. II. Th. Regensburg 1806. Vergl. mein Handbuch Bd. II. Abh. XXXVII—LIV.

**) v. Globig a. a. O. Th. I. Abh. I. §. 1.

der Nothwendigkeit, sich mit der moralischen Gewißheit zu begnügen, da man die mathematische in Rechtssachen selten erreichen kann, es muß also jene Eigenschaften genau bestimmen, welche die Erfahrung an sich tragen muß, wenn sie als *Wahrheit vor Gericht* gelten soll. Möser*) nennt dieses das *förmliche* Recht, und siehet in dem gesetzlichen Auspruch, daß das förmliche Recht soviel als das wirkliche Recht gelte, ganz richtig eine Art von Nothrecht für die menschliche Ruhe, und man hat keinen Grund, diese *juristische Gewißheit* durch den Namen *Wahrscheinlichkeit* in den Augen der Bürger herabzusetzen. Uebrigens bezeichnet der Ausdruck: *Wahrheit vor Gericht*, daß es nicht auf *subjektive* Ueberzeugung des Richters wie bei *Geschwornen*, sondern auf die *objektive* nach den gesetzlichen Gründen anerkannte Wahrheit, nicht auf die Ueberzeugung des Richters nach seiner Privatwissenschaft, sondern nach seiner amtlichen gerichtlichen Kenntniß ankomme. Aus dieser richtigen Ansicht muß Legislation und Doktrin die Begriffe von *Beweis*, *Beweismitteln*, *Beweisführung* auffassen, die übrigen verschiede-

*) Patriot. Phantasien Th. IV. S. 113.

nen und vagen Bedeutungen des Wortes *Beweisen* nach dem gemeinen Sprachgebrauch *) verdienen keine Rücksicht.

Im Grunde muß jeder *Thatumstand*, worauf sich eine Parthei stützt, bewiesen seyn, denn einen Grund muß der Richter haben, wenn er ihn für wahr annehmen soll; das *Gesetzliche*, ein *Rechtssatz* kann streitig unter den Rechtsgelehrten, und Gegenstand einer *Deduktion*, niemals aber, das *faktische* an der Existenz Gewohnheitsrecht abgerechnet, Gegenstand eines Beweises seyn, weil seine Wahrheit aus Begriffen, nicht aus der Erfahrung erkannt wird, und überhaupt der Rechtssatz in Beziehung auf das *Gericht* als gewiß betrachtet werden muß. Doch ist hierdurch die Sache noch nicht erschöpft, denn es tritt im Civilprozeße die Betrachtung hinzu, daß die Streitverhandlungen vor Gericht zur Erleichterung der sonst endlosen Beweisführungen auf Ausmittlung der unter den Partheien streitigen oder unstreitigen Thatsachen abzielen, und daß ein zu den Akten gekommenes Geständ-

*) Man kann diese finden in Martin und Walch Magazin f. d. gem. Proz. Heft I. S. 63. u. ff.

nifs einer Parthei jede andere Vorlage neuer Erkenntnißgründe der Wahrheit entbehrlich macht; daß die Gesetze den Richter in Fällen, wo es auf Erhebung der Merkmale einer Sache ankommt, ermächtigen, aus eigenem Antriebe den Augenschein anzuordnen; daß oft ein bestrittener Umstand aus seinem Zusammenhange mit andern unstreitigen Sachen als wahr oder wahrscheinlich durch einen, zum Amte des Richters gehörenden, Akt der Reflexion erkannt werden kann; daß endlich manche bestrittene Thatsache dem Richter als solchem für wahr bekannt ist. Hier hat der Richter bereits die Erkenntnißgründe der Wahrheit vor sich liegen, die Thatsache ist vor Gericht bewiesen, wozu sollte also eine Vorlage neuer oder anderer Beweise dienen? Hierdurch erhält die Frage: *was muß bewiesen werden?* besonders in einer Legislation, welche die Vorlage der Beweise zu dem Vorbringen der Partheien (Buch I. Kap. V. §. 3.) rechnet, eine ganz eigene, und zwar folgende engere Bedeutung: *was kann der Richter nur in Voraussetzung der von einer Parthei vorgebrachten gesetzmässigen Erkenntnißgründe der Wahrheit in einem Streite als wahr annehmen?* Die Beantwortung dieser Frage bedarf einer genaueren Analyse.

1) *Thatumstände* allein können Gegenstand eines Beweises seyn, nicht Rechtsätze, nicht ihre Anwendung auf den gegenwärtigen Fall. Leider kann bei gegenwärtiger Rechtsverfassung in Teutschland auch an Gesetzen noch die *faktische* Frage vorkommen, ob ein Gewohnheitsrecht bestehe, allein über die Frage: ob an einem Orte dieses oder jenes Gesetzbuch gelte, ob ein Gesetz da oder dort verkündet worden sey? kann man ohne Skandal von keiner Parthei den Beweis fordern, denn dieses muß wenigstens vor Gericht gewiß seyn.

2) *Streitige Thatumstände*; in einem Systeme, welches die Beweisantretung mit den Streitverhandlungen verbindet, muß derjenige, dem der Beweis obliegt, die *ungewissen* Thatumstände auch als *streitig* ansehen, um wenigstens darüber den Beweis anzutreten, deswegen wurde im folgenden §. bei der Beweislast nicht mehr von streitigen Umständen gesprochen, um anzudeuten, daß der *Beweisantritt* auf die *wirklich bestrittenen* Umstände nicht eingeschränkt, vielmehr in Ansehung desselben *streitig* und *ungewiß* gleichbedeutend sey. *Beweisführung* hingegen findet nur über *bestrittene*, d. h. vom Gegentheile *abgeleugnete* Umstände statt.

3) Beweis als Mittel fällt als überflüssig hinweg, wenn dessen Zweck schon erreicht ist. Dieses tritt ein a) bei den gesetzlichen Durchgriffen, welche unter dem unpassenden Namen *Praesumptiones juris et de jure* bekannt und vielmehr eine gesetzlich ausgesprochene Wahrheit sind; b) auch bei den Rechtsvermuthungen, worunter ich diejenigen verstehe, welche das Gesetz bis zum Beweise des Gegentheils als Interimswahrheit erklärt; c) bei Schlüssen und den gemeinen Vermuthungen, sofern diese auf Thatsachen beruhen, welche in den Akten enthalten und an sich gewiss, oder wenigstens durch den angetretenen Beweis herzustellen sind. Den Aufschluß über den Unterschied beider Vermuthungen muß ich dem Kapitel IX. vorbehalten.

4) Relevante Umstände sind Gegenstand des Beweises, weil dieser bedingt ist durch seinen Zweck.

5) Eine eigene Bestimmung fordert die *Notorietät*, auf welche man vormals viel zu hohen Werth legte. Versteht man darunter *Tradition* bei alten Sachen, so muß das Gesetz darauf ein Gewicht legen, den durch Alter ehrwürdigen Zustand (*unfürdenkliche Ver-*

jährung) im Civilgesetzbuch auch für rechtmässig achten, und im Prozesskodex den Beweis durch Zeugen erleichtern, wie im Kap. VII. §. 1. n. 3. geschehen ist; aber eben diese Tradition ist Gegenstand eines Beweises. Versteht man unter Notorietät das *Gerücht* (*fama publica*), so ist dieses ein vages Ding. Schon die erste Beobachtung geschieht ohne Aufmerksamkeit, oft entsteht ein Gerücht aus der unlautersten Quelle, seine Verbreitung ist ein Spiel des Zufalls, und das bekannte: *Fama crescit eundo* zeigt die Unzuverlässigkeit der Gerüchte, das Gesetz darf also denselben keine Wirkung im Beweise beilegen. Es bleibt daher nur die *Gerichtskundigkeit* (*notorietas judicialis*) und *Weltkundigkeit* (*historica*) übrig.

In Ansehung der *Gerichtskundigkeit*, kann dasjenige, was dem Gerichte *als solchem* aktenmässig bekannt ist, z. B. die öffentlich ausgesprochene Prodigalitätserklärung, Standeserhöhung, die vor dem Gerichte bestellte Vormundschaft nicht als eine Thatsache gedacht werden, welche der Richter erst durch neues Vorbringen für wahr erkennt. Eben dieses tritt bei der *Weltkundigkeit* ein, bei Begebenheiten, welche die Geschichte (allgemeine oder partikuläre) in ihre Jahrbücher aufgenommen

hat, z. B. den Regierungsantritt, Friedensschlüsse, merkwürdige Schlachten, Belagerungen u. dgl. Schon Grolman *) hat gegen Schneider die Notorietät auf solche grosse und zur allgemeinen Wahrnehmung geeignete Staats- und Naturbegebenheiten, welche für die *Geschichte* wichtig sind, richtig beschränkt, und selbst hier fügte ich noch die Beschränkung hinzu, wenn ein solches Faktum in *seiner Allgemeinheit* auf den Streit Einfluss hat, denn die Frage, ob bei einer weltkundigen Belagerung dieses oder jenes Haus abgebrannt sey, kann der Notorietät ungeachtet einen Beweis dieses *besonderen* Umstandes nothwendig machen.

§. 2.

Beweislast.

Bei der Verbindlichkeit zur Beweisführung sind drei Fragen zu unterscheiden, welche auch in meinem Systeme der Verbindung des Beweises mit den Streitverhandlungen, obgleich seltener und mit weniger bedenklichen Folgen für Beschleunigung der Prozesse, vorkommen können.

Die *erste* Frage ist, *wer muss beweisen?* Wenn Beweis die Bedingung ist, ohne welche

*) Theorie des gerichtl. Verf. §. 82. b.

der Richter einen streitigen Thatumstand nicht für gerichtlich wahr annehmen, folglich das von jener gerichtlichen Wahrheit abhängige Recht nicht anerkennen darf, so kann man nicht zweifeln, daß jede Parthei diejenigen bestrittenen Thatumstände beweisen muß, von deren Wahrheit ihr Recht abhängt. Ueber diesen Satz an sich waren die Rechtsgelehrten längst einig, und so richtig auch Webers *) Kritik aller Meinungen, über die Beweislast ist, so betrifft doch sein Tadel mehr die *Einkleidung* als die *Sache* selbst.

Unter den *Behauptungen* hat man nicht bloß jene Umstände verstanden, welche ein Theil ausdrücklich anführte, sondern vielmehr auch jene Umstände, welche er vermöge seiner Klage oder Einrede als faktischen Grund stillschweigend anführen mußte (vergl. Kap. I. §. 9. n. 2.). Was vom *Rechte* gesagt wird, gilt nicht allein vom Recht der *Klage*, sondern auch vom Recht der *Einrede*, vom Ganzen wie von allen Theilen; wozu sollte also ein Ueberladen des Gesetzes mit vielen Worten dienen? endlich die näheren Bestimmungen,

*) Von der Verbindlichkeit zur Beweisführung
Seite 260. ff.

welche der Zweck des Vorbringens an die Hand giebt, beziehen sich auf die Ordnung der Beweislast unter den Partheien, nicht auf die Last an sich. Daher suchte ich durch eine sorgfältige Redaktion jenem ganzen Wortstreite zu entgehen, und den Ausdruck *Vertheidigung* hielt ich nach Martins früherer Meinung für zweckmässig, theils weil auch der Ableugnende, wenn für das Gegentheil eine Rechtsvertheidigung streitet, den Beweis, oder nach hergestelltem Beweise den Gegenbeweis führen muß, theils weil schon aus dem §. 1. nach dem Gegenstand des Beweises das Wort Vertheidigung keiner Mißdeutung fähig ist.

Der Satz, daß zwischen einer positiven oder negativen Behauptung in Ansehung der Beweislast kein Unterschied obwalte, mußte zwar in den Text (N. 2.) aufgenommen werden, er gehört aber heutzutage unter die ausgetrittenen Wahrheiten, und ich darf hierüber statt aller Rechtfertigung auf Weber *) verweisen.

Die zweite Frage: *was wirkt die Beweislast?* beantworte ich (Num. 1.) mit der ersten

*) a. a. O. Seite 287. vergl. mein Handb. B. II. Abh. XXXVII, §. 18.

Frage. Der Entwurf kennt ein Beweisinterlo-
kut nicht, jene Wirkung kann also nur bei
dem Endurtheil und nur alsdann vorkommen,
wenn der Beweis und Gegenbeweis die Wahr-
heit weder vollkommen noch unvollständig
hergestellt hat, und die Wirkung kann in
nichts anderem bestehen, als daß der zu be-
weisende Umstand gegen jene Parthei, welcher
der Beweis oblag, nicht für wahr geachtet
wird. Die weitere Folge hängt dann vom Ein-
fluß des nicht bewiesenen Umstands auf die
Hauptsache selbst ab.

Die dritte Frage: *nach welcher Ordnung
richtet sich die Beweislast unter den Partheien?*
ist von der Beweislast überhaupt wohl zu un-
terscheiden. Schon das bekannte Axiom: *actore
non probante reus absolvitur* rechtfertiget die
(N. 3.) angegebene Regel.

Was die beigelegte Limitation hinsichtlich
der Rechtsvermuthungen angehet, so bekenne
ich aufrichtig, daß ich, wollte ich bloß der
doktrinellen Konsequenz folgen, diesen Satz so-
wohl als den zweiten von verneinenden Be-
hauptungen (N. 2.) zu dem §. 1. vom Gegen-
stand des Beweises gestellt hätte, weil beide
Sätze mehr auf die Frage: *was zu beweisen*

ist, als auf die Frage: *wer* beweisen muß, sich beziehen; allein die Doktrin hat sich gewöhnt, davon bei der Beweislast zu sprechen, und ich habe diese Ordnung für ein kleines Opfer gehalten.

In Ansehung der Vermuthungen ist aus dem Kap. IX. §. 3. zu bemerken, daß ich eigentlich zwei Klassen von Vermuthungen anerkenne; die erste Klasse, welche ich *Rechtsvermuthungen* nenne, begreift jene Vermuthungen, welche das Gesetz als *Interimswahrheit* bis zum Beweise des Gegentheils erklärte; diese sind, als interimistisch kraft des Gesetzes gewiß, nur für die Behauptung des Gegentheils dem §. 1. zufolge ein Gegenstand des Beweises, daher kann man sagen, daß sie von der Beweislast befreien, und ich habe diesen Satz in dieser bisher üblichen Wendung hier ausgedrückt, um den Juristen, die an ihre bisherige Sprache gewöhnt sind, verständlich zu bleiben; die zweite Klasse begreift die *gemeinen Vermuthungen* in sich, welche zwar nicht als Interimswahrheit, aber doch als *Beweismittel* gelten, daher nicht von der Beweislast befreien, aber zum Beweise benützt werden können, um einen Ergänzungs- oder Reinigungs-*eid* zu begründen. Mit dem Worte *Rechtsver-*

muthungen habe ich hier diesen Unterschied angedeutet, welcher auch in der Verbindung des Beweises mit den Streitverhandlungen hinsichtlich des nothwendigen Eides noch immer einen praktischen Werth behauptet.

§. 3.

Beweis und Gegenbeweis.

Vormals hat man den Beweis vom Kläger, den Gegenbeweis vom Beklagten verstanden, daher den Gegenbeweis in den *direkten* und *indirekten* eingetheilt, je nachdem er wider den Beweis des Klägers oder auf den Beweis der Einreden gerichtet ist. Jenen folgenreichen Irrthum habe ich *) aufgedeckt, und seitdem haben alle Rechtslehrer die ältere falsche Darstellung verlassen. Wenn die Klage zugestanden ist, so erscheint der Beweis der Einreden nur als Beweis, und niemand kann sich denselben als Gegenbeweis denken; wie sollte ein und derselbe Beweis seine Natur verändern, und zum Gegenbeweise werden, weil zufällig ein Beweis der Klage vorhergeht? Der *Be-*

*) Handb. Bd. II. Abh. XLI. LXII. Schon vor mir hat Joachim de differentia reprobationis a probatione actionis et exceptionum peremptorium, Lips. 1750. die bessere Meinung aber vergebens, vertheidigt.

weissatz allein kann den Begriff des Beweises und Gegenbeweises bestimmen, der Beweis des entgegengesetzten Satzes von dem, was die eine Parthei zu beweisen übernommen hat, ist Gegenbeweis, und dieser kann, gleich dem Beweise, auf direkte oder indirekte Art geführt werden, wie die *Probatio alibi* zeigt. Der Gegenbeweis ist allemal bedingt durch einen Beweis, der ihm in gerader Richtung gegenübersteht, der Beweis der Einrede ist selbstständig in Ansehung des Beweissatzes und der Beweislast. Wie wenig dieses ein Wortstreit sey, ist leicht einzusehen, wenn man einen vollständigen Beweis der Klage gegen einen unvollständigen Beweis der Einrede abzuwägen hat, stünde dieser zu jenem im Verhältnisse des Gegenbeweises zum Beweise, so müßte Subtraktion und der Grundsatz entscheiden, *Probatio plena vincit reprobationem minus plenam*: wer kann aber dieses in dem angegebenen Falle behaupten? Auch spricht sich durch Verbindung des Beweises mit den Streitverhandlungen der Unterschied zwischen Gegenbeweis und Beweis der Einrede (Kap. I. §. 10. u. 11.) äusserlich unverkennbar aus. Um einem Rückfall in den vorigen Irrthum vorzubeugen, hielt ich eine ausdrückliche Bestimmung für nothwendig.

In Folge dieses Unterschieds findet wider den Gegenbeweis kein weiterer Gegenbeweis (*reprobatio reprobationis non datur*) statt, weil der Beweisführer *alle* seine Beweise auf einmal vorlegen muß; ein Gegenbeweis wider den Beweis der Einreden ist hingegen wie gegen den Beweis der Klage erlaubt, weil vor dem wirklichen Gebrauch und Beweis einer Einrede der Antritt eines Gegenbeweises nicht möglich ist, und dem Kläger hinsichtlich der Einreden alle Rechte, wie dem Beklagten hinsichtlich der Klage zustehen.

§. 4.

Direkter und indirekter, vollständiger und unvollständiger, einfacher und zusammengesetzter Beweis.

Bei dem bekannten Unterschied zwischen *natürlichen* und *künstlichen* Beweis (N. 1.) muß darauf gesehen werden, ob aus dem Beweismittel derjenige Umstand, von dessen Wahrheit das behauptete Recht abhängt, geradehin und unmittelbar oder erst durch einen Schluß mittelbar hervorgehen soll, und in diesem Sinne kann auch der Gegenbeweis ein indirekter (künstlicher) seyn. Kein Beweismittel ist hievon ausgeschlossen, selbst der Augenschein (Befundbeweis) kann den Zweck haben, aus den Erscheinungen auf die vorhergehende Ursache zu schlies-

sen, und auf diese Art einen künstlichen Beweis zu liefern. So verhält es sich mit dem Geständnisse, wenn es (Kap. IV. §. 4.) Gegenstand einer Beweisführung ist, weil hier aus dem Geständnisse auf die Wahrheit des Eingestandenen geschlossen wird. Eben dieses findet bei dem Eide statt, wenn er auf Umstände gerichtet ist, aus welchen das Beweisthema durch einen Schluß z. B. von Rückgabe des Schuldbriefes auf Nachlaß der Schuld hervorgehet. Hierbei ist besonders zu bemerken, daß der künstliche Beweis oft ohne eine eigene Beweisführung durch Schlüsse aus einer nach den Akten unstreitigen Thatsache hervortritt, und denn einen Gegenstand der richterlichen Reflexion bildet, deren Thätigkeit solchenfalls weder durch einen Beweisantritt noch durch eine Deduktion jenes Schlusses von Seite einer Parthei bedingt ist.

Da nur moralische Gewissheit (§. 1.) zur Wahrheit vor Gericht erfordert wird, so ist hiernach der Begriff des *vollständigen* und *unvollständigen* Beweises (N. 2.) gebildet, die Grade des letzten kommen im Kap. X. §. 1. verbunden mit ihren Wirkungen vor. Unter den Eintheilungen war auch des *zusammengesetzten* Beweises (N. 3.) kurz zu erwähnen.

§. 5.

Beweismittel.

Alles dasjenige, was dem Richter als Erkenntnißgrund der Wahrheit ungewisser Thatumstände dienen kann, erscheint im Gebiete der Legislation als Beweismittel, und ihr ist der doktrинelle Streit *) fremd, ob Augenschein, Beurtheilung durch Sachverständige, Schlüsse und Vermuthungen Beweismittel im eigentlichen Sinne genannt werden können. Soweit es aber bei jenem Streite nicht mehr auf den Namen, sondern auf die Sache ankommt, muß das Gesetz die Frage über die Wirkung der Präklusivkraft und über die richterliche Amtsgewalt bei diesen Beweismitteln genau (N. 4.) beantworten.

Diese Beweismittel lassen sich in Ansehung des Gegenstands nach Reitemeiers schöner Darstellung in den *Befundbeweis* und den *historischen Beweis* eintheilen; der erste hat es mit einer *gegenwärtigen* Sache selbst und den Wahrnehmungen an derselben zu thun, der zweite hat das *Vergangene* zum Gegenstand. Der Augenschein beschäftigt sich mit den sinnlich

*) Handbuch B. II. Abh. XXXVII. §.

lich wahrnehmbaren Merkmalen einer gegenwärtigen Sache, und das Parere der Sachverständigen urtheilt in den nöthigen Fällen über den Befund. Urkunden, Zeugen und Eide hingegen betreffen etwas Vergangenes, selbst das Eingeständniß gehört seinem engeren Begriffe nach in die Klasse der historischen Beweise. Im Civilprozeße äussert jene Abtheilung ihre Wirkung besonders bei Kollision der Beweise (Kap. X. §. 5.), aber auch im Kriminalprozeße ist sie fruchtbar, und man wird die kleine Abschweifung verzeihen, wenn ich auf einen wichtigen Punkt aufmerksam mache. Bekanntlich streiten die Kriminalisten über die Frage: ob der Thatbestand durch Geständniß bewiesen werden kann? und die neueren Kriminalrechtslehrer glaubten, das Kriminalrecht mit einer heilsamen Reform zu bereichern, wenn sie das *Corpus delicti* als die *Gewissheit* *dafs ein Verbrechen begangen wurde* definirten. Allein *dafs* dieser Begriff falsch sey, *dafs* er *Corpus delicti* und *Certitudo delicti*, die zwei wesentlich verschiedene Dinge, verwechsle, werden wir aus jener Eintheilung der Beweismittel sogleich einsehen. Man erkennt nämlich für richtig, *dafs* bei Verbrechen, welche Spuren zurücklassen, das *Corpus delicti* durch *Au-genschein bewiesen* werden könne; kann aber

der Augenschein den Beweis einer *Handlung*, wodurch das Verbrechen *begangen* wurde, herstellen? Wenn der Richter durch Augenschein und Parere der Sachverständigen vollkommen überzeugt ist, daß dieser Mensch an Gift, an tödtlichen Körperverletzungen wirklich gestorben ist: hat er denn hierdurch auch nur den entferntesten Beweis, daß ein Verbrechen *begangen* wurde? Kann der Verstorbene jenes Gift oder jene Wunden nicht bloß zufällig erhalten haben? So klärt ein Rechtstheil den andern auf, und ich hoffe durch diese Digression dem Kriminalrechte einen kleinen Dienst erwiesen zu haben!

Mit der Anzeige der Beweismittel mußte nun auch das Rechtsverhältniß bei denselben überhaupt verbunden werden, unter welchen das Wahlrecht des Beweisführers (Num. 2.) die erste Stelle einnimmt; es gründet sich in der allgemeinen Befugniß jeder Parthei hinsichtlich der Vertheidigungsmittel, und der Beweisführer kann statt eines vortheilhafteren Beweismittels ein minder vortheilhaftes wählen. Eine Beschränkung tritt ein bei jenen besonderen Prozeßarten, welche nur, wie die Wechsel- und Exekutivklage, auf besondere Beweismittel gebaut werden können; andere Beschrän-

kungen gehen theils aus allgemeinen Grundsätzen, theils aus der besonderen Eigenschaft einiger Beweismittel hervor; so kann die Eideszuschreibung über Gegenstände des Augenscheins und der Sachverständigen (Kap. VIII. §. 9.) nicht zugelassen werden; das Gesetz kann verschiedene über dieselben Umstände, eine Verbindung der Eideszuschreibung mit andern Beweismitteln, nicht erlauben; auch der Gegenbeweis kann durch Eideszuschreibung nicht geführt werden*). Selbst das Civilgesetzbuch wirkt öfters hierauf ein; verordnet es nämlich, daß manche Rechtsgeschäfte nur durch Urkunden Zustande kommen sollen, erlaubt es gegen den Inhalt einer Urkunde keinen Gegenbeweis durch Zeugen, so entstehen durch diese in mancher Rücksicht heilsame Bestimmungen des Civilrechts auch Beschränkungen jener Wahl im Prozesse, worauf ich im allgemeinen (N. 5.) hingewiesen habe.

Die Freiheit eines jeden Theils, sich aller zulässigen Beweismittel zu bedienen, und der Grundsatz, in jeder Handlung die Parthei zur

24 *

*) Ueber beide Sätze vergl. Handbuch Bd. II. Abh. XLI. §. 7. und Abh. L.

vollständigen Rechtsvertheidigung zu verbinden, ziehet Präklusion aller nicht ausdrücklich benannten Beweismittel (N. 3.) nach sich. Auch diese Regel hat Ausnahmen, welche in diesem Kapitel (§. 8.) und an andern Orten, besonders bei Urkunden (Kap. VI. §. 10.) und bei dem Eide (Kap. VIII. §. 7.) vorkommen. Bei summarischen Prozessen erstreckt sich die Präklusivkraft nur auf jene Beweismittel, welche in einer besonderen Prozessart zulässig waren. Die weiteren Ausnahmen (N. 4.) sind schon oben gerechtfertiget.

§. 6.

Antretung und Vollführung des Beweises.

Nur in wenigen Bestimmungen suchte ich den Unterschied zwischen der Antretung und der Vollführung des Beweises hervorzuheben, und mit der Regel den Uebergang zu der folgenden Ausnahme zu gewinnen.

§. 7.

Beweis zum ewigen Gedächtnifs.

Viele glauben, nur bei Zeugen könne die Vollführung des Beweises zum ewigen Gedächtnifs vorkommen, allein auch bei Augenschein, Urkunden und Eid kann eine Gefahr des Verlustes eintreten, der Gegenstand gehört also

seiner Allgemeinheit nach, in gegenwärtiges Kapitel. Gefahr, das Beweismittel zu verlieren, wenn mit Erhebung des Beweises noch gewartet wird, begründet die Forderung, früher noch, als die Ordnung des gerichtlichen Verfahrens es mit sich bringt, oft sogar noch vor dem Anfang eines Streits den Beweis aufzunehmen. Es gilt nicht der Antretung, sondern der Vollführung des Beweises durch Aufnahme des Beweismittels, welche so schleunig geschehen muß, als es die mehr oder minder dringende Gefahr fordert, wornach auch die Einhaltung des jedem Beweismittel zukommenden Verfahrens abzumessen ist. Hierauf beruhen (N. 1 — 4.) die ersten allgemeinen Sätze. Das Verfahren bei Erneuerung der Urkunden, welches man in manchen Gesezbüchern ganz vermißt, wurde nach denselben Rücksichten bestimmt. In Ansehung des Zeugenbeweises stellen manche Gesetze es dem Beweisführer anheim, ob er sich der Aussage eines solchergestalt vernommenen Zeugen nachher bedienen will oder nicht. Allein dieses war schon ein Verstoß gegen das alte Axiom: *Testes per productionem fiunt communes*, denn daß ein abgehörter Zeuge produziert sey, läßt sich doch nicht leugnen. Betrachtet man aber die Sache von der legislativen Seite, so kann dem Produkten das

Recht auf die Aussage des einmal vernommenen Zeugen durch Willkühr seines Gegners, um so weniger entzogen werden, als sonst mancher Betrug unterliefe. Denn ein Theil, welcher die Aussage eines Zeugen fürchtet, könnte dessen Abhör zum ewigen Gedächtniß fordern, dann dessen Aussage unbenützt lassen, und auf diese Art seinen Gegner um dessen besten Beweis bringen. Daher kann sich (N. 6.) jede Parthei auf eine solche Aussage berufen.

Billig fordert man zugleich von jenem, der eines Klagerechts wegen eine ausserordentliche Beweisaufnahme erhielt, daß er mit Verfolgung seines Anspruchs nicht auf unbestimmte Zeit hin nachwarte. Zwar könnte das Gesetz diesen Punkt ganz der Aufforderung zur Klage überlassen, auch würde es ungerecht seyn, ohne Provokation den Verlust des Klagerechts eintreten zu lassen, aber billig kann man den Verlust des erhobenen Beweises gegen die nach einem Jahre nicht angestellte Klage (N. 7.) eintreten lassen. Daß dieses Präjudiz den Beklagten nicht hindere, jenen Beweis für sich zu benützen, versteht sich von selbst.

Die Bestimmung über den Eid (Num. 8.) gilt für einen Theil der Vorschriften im Kap. VIII. §. 7. als Grundlage.

§. 8.

Veränderung an dem angetretenen Beweise.

Die Frage: wieferne an dem einmal angetretenen Beweise Veränderungen erlaubt sind? ist für alle Beweismittel wichtig, und von jeher in Gesetzbüchern und von Gelehrten auf die verschiedenste oft sonderbarste Art entschieden worden. Man hielt sich an den Satz, testes per *productionem* fiunt communes, und modelte nach demselben die allgemeine Regel: alle Beweismittel, besonders Zeugen und Urkunden werden durch die *wirkliche Production* gemeinschaftlich; diese geschah bei *Zeugen* durch deren persönliche Vorstellung, und dieses auf *Urkunden* angewandt, war freilich auch die Urkunde nicht eher ein gemeinschaftliches Beweismittel, bis sie in *Urschrift* vorgelegt war. Auf den Eid paßte dieses gar nicht, daher sagte man: die Eidesdelation könne nach der Annahme des zugeschobenen Eides nicht mehr widerrufen werden; nur suchte man theils in dem Bestreben Meineide zu entfernen, theils in einer Stelle des römischen Rechts*), (die aber nicht ganz anwendbar ist, da bei den Römern der Beweistermin nicht so, wie bei uns, peremptorisch war) Gründe

*) L. 11. Cod. de rebus creditis.

auf, zur Erweiterung des Widerrufs angenommener Eide. Durch Hinzutritt der peremptorischen Kraft des Beweisterrains bildete sich nun folgende Theorie. 1) Bis zum Ablauf des peremptorischen Beweisterrains kann der Beweisführer seine Beweisantrittung durch Zusätze oder Minderung abändern. 2) Nach dem Ablaufe kann er daran zwar mindern aber nicht mehr, z. B. Zeugen oder Urkunden aufgeben oder (wie man es nannte) fallen lassen. 3) Nach der wirklichen Produktion ist auch keine einseitige Minderung mehr erlaubt *).

Diese Theorie, scheinbar auf dem an sich wahren Grunde ruhend, daß eine Parthei zu ihrem Schaden jederzeit Veränderungen machen könne, war doch schon an sich falsch. Ich will mich nicht in die antiquarische Untersuchung verlihren, ob nach römischen und kanonischen Rechte bei Zeugen und Urkunden die Produktion eine vom Beweisantritt verschiedene Handlung war; ich berufe mich gegen jene Theorie nur auf das Unrecht, das sie enthält, indem sie dem Beweisführer das Mittel in die Hand spielt, seinen Gegentheil um alle Zeugen zu betrügen. Z. B. Er schlägt neben

*) Vergl. Handbuch B. II. Abh. XXXIX.

andern Zeugen auch eben jene Personen vor, von welchen er voraus weiß, daß sich sein Gegner derselben als Gegenbeweis bedienen würde; dieser läßt es dabei bewenden, und denkt nun gar nicht an andere Gegenbeweise, weil ohnehin jene Zeugen vorgeschlagen sind, deren er sich bedient hätte. Nach verstrichenem Termine zum Gegenbeweis läßt nun der Beweisführer die seinem Gegner nützlichen Zeugen fallen, und so behält er seine Beweiszeugen und der Gegentheil ist um die Gegenbeweiszeugen betrogen! Kann eine solche Theorie unsern Beifall in Anspruch nehmen? Keineswegs. Der Fehler liegt in dem Zeitpunkt, von welchem an die Unveränderlichkeit eintreten muß. 1) Zusätze oder Abänderungen zum Vortheil des Beweis- oder Gegenbeweisführers *nach angetretenem Beweise* können niemals erlaubt werden, wenn nicht Umstände, die ich nachher bemerken werde, eine Ausnahme begründen. Ich sage nicht, *nach Ablauf des Beweistermins*, weil eben der Termin zur Streitschrift auch der Beweistermin ist, und auf den Unterschied in Tagen, ob die Schrift einige Tage vor dem Termine einkam, nicht gesehen werden darf. Sind die Zusätze, welche ein Theil machen will, neu aufgefunden, so ist er ohnehin Kraft der nachher zu

bemerkenden Ausnahme, dafür geschützt, und wußte er schon, was er nach dem Antritt beisetzen will, so kann das Gesetz von ihm fordern, daß er seine Streitschrift nicht eher als nach reifer Erwägung übergebe. 2) Einseitige Verminderung am angetretenen Beweise dadurch, daß der Beweisführer Urkunden, Zeugen oder Artikel fallen läßt, kann ihm nur insoweit erlaubt werden, als er dadurch die Rechte des Gegenbeweisführers nicht gefährdet. Giebt er sie auf, ehe sich der Produkt darauf eingelassen, d. h. die Beweisantretung beantwortet hat, so entsteht für den Produkten kein Schaden, weil derselbe es erfährt, ehe er den Gegenbeweis antreten muß, und sich nöthigenfalls der vom Produzenten aufgegebenen Mittel als Gegenbeweis bedienen kann. Ganz anders ist es aber, wenn er sich darauf eingelassen, also das Recht auf diese Mittel auch für sich erworben und seinen Gegenbeweis aufgegeben hat; hier würde ihn das Aufgeben der Beweise gefährden, hier also kann der Produzent diese Abänderung nur mit Einwilligung des Produkten vornehmen. 3) Nur muß dabei nach dem Grundsatz; *Novum emergens novum requirit auxilium*, für zwei Fälle gesorgt werden, a) wenn ein Beweismittel nach dem Antritt des Beweises vor dessen Vollfüh-

rung verlohren geht z. B. die Urkunde verbrennt, ein Zeuge stirbt, oder das Zeugniß hartnäckig verweigert, oder der Gegentheil vor der Eidesleistung stirbt, oder ein Zufall die Merkmale vor Einnehmung des Augenscheins vernichtet u. d. b) wenn ein Theil nach dem Beweisantritt solche neue Beweise entdeckt, welche ihn zum Rechtsmittel der Restitution sogar gegen ein rechtskräftiges Urtheil berechtigten. In beiden Fällen muß ein Zusatz zur vorigen Beweisantrittung oder eine angemessene Abänderung derselben erlaubt werden. Ob der Beweis - oder Gegenbeweisleiter an die vorige Art der Beweismittel gebunden sey, oder ob er statt Zeugen Urkunden oder Eidesdelation brauchen, ob er an die Zahl der Zeugen gebunden sey, oder ob er mehrere, als er verlohren hat, und ob er neue Artikel übergeben dürfe? darüber ist unter den Praktikern eine wirklich sonderbare Kontrovers: als ob man nicht oft mehrere Zeugen oder Urkunden brauchte, um ein Faktum zu beweisen, wofür die verlohrene Urkunde oder der verstorbene Zeuge allein hingereicht hätte, und als ob die neuen Zeugen immer eben jene Umstände wußten, welche die Urkunde enthielt oder der verlohrene Zeuge wußte, als ob man nach verlohrenem direkten Beweise nicht oft zum indi-

rekten, und eben darum zu andern Artikeln oder Thatsachen seine Zuflucht nehmen müßte! 4) Auch die Wirkungen dieser Neuerung hat man nicht scharf genug bestimmt; man gesteht zwar neue Fragstücke zu, wo neue Artikel übergeben werden, aber man übersieht, daß auch neue Gegenbeweise, desgleichen neue Einreden gegen die Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit der neuen Beweismittel verstattet werden müssen, wie sie bei dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung statt gefunden. 5) Des Eides wegen habe ich mit Vorbedacht nichts eigenes bestimmt, denn wegen neu entdeckter Beweise stehet er ohnehin unter der oben bemerkten Ausnahme, und ist dieser Fall nicht vorhanden, so mag sichs der Deferent oder Referent selbst beimessen, wenn er, statt sich der Beweismittel zu bedienen, den Eid zu- oder zurück schob, auch ist nicht jeder Beweis des Gegentheils von dem, was der andere beschwört, ein Beweis des Meineids, und die Sorge für's Seelenheil gehört in den Beichtstuhl, nicht aber vor die Gerichte; sonst gäbe es auch keine Rechtskraft, und in alle Ewigkeit müßte man den Beweis zulassen, daß sich der Andere ungerechter Weise etwas zueigne.

Viertes Kapitel.
Vom Geständnifs.

§. 1.

Vom Geständnifs überhaupt.

Der Grund, auf welchem die Wirkungen des Geständnisses im Civilprozeße ruhen, liegt bei weitem so nahe nicht, als man glaubt. Schneider *) hält es für ein *Zeugnifs*, das Jemand wider sich selbst ablegt; Weber **) [für eine *Aussage*, wodurch Jemand etwas, das wider ihn gelten soll, als wahr anerkannt hat; v. Globig ***) für ein *gemischtes Zeugnifs*, dessen Kraft in Civilsachen auf dem Rechte des Gestehenden beruhet, über sein Vermögen zu zu schalten. Die Wirkungen eines Geständnisses überhaupt treten aus der Natur des Menschen hervor, die es nicht vermuthen läßt, daß Jemand zu seinem Schaden etwas für wahr annehmen werde, was nicht wahr ist, in dieser An-

*) Am ang. O. §. 72. und den kritischen Anmerk. N. XXV.

**) Von der Verbindl. z. Beweisführ. Seite 55.

***) Theorie der Wahrscheinlichkeit Th. I. Abschn. VII. §. 18.

sicht treffen Kriminal - und Civilrecht zusammen, und das Geständniss erscheint als *Beweismittel*, dessen Werth nach seiner inneren und äusseren *Glaubwürdigkeit* bestimmt werden muß. In dieser Eigenschaft ergreift man es auch im *Kriminalrecht* ausschliessend, man prüft die Wissenschaft des Bekennenden, wie bei Zeugen, man beschränkt die Glaubwürdigkeit des Geständnisses auf die eigenen Handlungen und Wahrnehmungen des Bekennenden, und vergleicht das Eingestandene mit den sonst bekannten Umständen, um hiernach dessen inneren Werth abzuwägen.

Die menschliche Natur erlaubt nicht, zu vermuthen, daß Jemand durch ein *unwahres* Geständniss sich selbst *schaden* will, sie deutet uns hier den Gesichtspunkt an, aus welchem das Geständniss *überhaupt* für Civil - und Kriminalrecht zu betrachten ist; es erscheint in der Eigenschaft eines *Beweismittels*, indem der Richter dasjenige, wofür ein Geständniss des Betheiligten spricht, als wahr vor Gericht annimmt. Allein in Würdigung und Prüfung der Beweise trennt sich das *Kriminalrecht* vom *Civilrecht*; das *erste* muß wegen Unveräusserlichkeit des Gegenstands die innere und äussere Glaubwürdigkeit eines Bekenntnisses gleich der Zeugenaussage prüfen, beschränkt auf eigene

Handlungen oder Wahrnehmungen des Beken-
nenden, kein Mensch darf auf das blosse
Geständnifs einer Mordthat, ohne dessen Ue-
bereinstimmung mit allen übrigen Umständen,
zum Tode verurtheilt werden; das *zweite* hin-
gegen bleibt wegen Veräusserlichkeit des Gegen-
stands bei dem Geständnisse stehen, ohne des-
sen Glaubwürdigkeit weiter zu prüfen, seine
Kraft erstreckt sich auf Umstände, welche dem
Zugestehenden ganz unbekannt sind, wie auf
dessen eigene Handlungen, und der Beklagte
wird zur Zahlung einer eingestandenen Summe
verurtheilt, wenn er sie auch nicht schuldig
war, weil es in der Sphäre des Civilrechts
gleichgültig ist, ob ein zur freien Verfügung
über das Seine berechtigter Mensch dem An-
dern eine Summe ohne Verbindlichkeit in Form
einer Schenkung oder in Form eines unwah-
ren Eingeständnisses und des darauf gebauten
Urtheils schenkt. Schon der gemeine Sprach-
gebrauch hat jene Verschiedenheit bezeichnet,
und ich wünschte unsere juristische Sprache in
diesem Punkte bestimmt, indem man das Ge-
ständnifs in Kriminalen *Eingeständnifs*, in
Civilsachen *Zugeständnifs* nannte. Das Zuge-
ständnifs im Civilprozeß ist also kein wirk-
licher Veräusserungsakt, der Beklagte wird we-
gen des zugestandenen Anlehens zur Erfüllung

seiner Verpflichtung aus dem Anlehen nicht aus dem Geständnisse verurtheilt, welches nur zum Beweise jener Verpflichtung gilt; aber das Gesetz muß das Geständniß im Civilprozeß als Beweismittel nach dem Gesichtspunkt der Voräusserung bemessen, eben jenem Gesichtspunkt, ohne welchen gar keine Prozeßlegislation möglich ist*). Was ist die in Contumaciam angenommene Anerkennung eines Dokuments oder Eidesverweigerung anders als ein Zugeständniß? worauf beruht die Präklusion aller nicht vorgebrachten Einreden und Beweise, selbst die Rechtskraft, als auf einem Gesetze, welches lediglich aus dem Gesichtspunkt des Verzichtes als eine *gerechte* Bestimmung erscheint?

Hierdurch ist zwar die rechtliche Natur des Geständnisses überhaupt ausgemittelt, aber der Gegenstand von der civilrechtlichen Seite noch nicht erschöpft, sondern es sind folgende Momente zu unterscheiden: 1) das Geständniß kann eintreten bei einer *Verpflichtung*, es sey durch einseitige Disposition z. B. dem Legato de-

*) Webers Einwürfe gegen meine früher im Handbuch a. a. O. aufgestellte Theorie beruhten auf einem Mißverständniß.

debiti oder durch Vertrag z. B. bei einer Berechnung, in der man aufgerechnete Posten in der Absicht sich zu verbinden anerkennt, selbst bei Schuldbriefen oder Quittungen rücksichtlich der *Exceptio non numeratae pecunia*. Hier ist eine *verbindende Anerkennung*, keineswegs das *Geständnifs* einer Thatsache, der vorherrschende Gesichtspunkt, und ihre Wirkung nicht aus dem Prozeßkodex, sondern aus dem Civilgesetzbuch zu bestimmen. 2) Das Geständnifs kann abgelegt seyn ausser den Streitverhandlungen eines gegenwärtigen Streits, entweder ganz aussergerichtlich oder vor dem inkompetenten Richter oder in einer andern Streitsache. Ein solches Geständnifs ist *Beweismittel* allein und im eigentlichen Sinne (§. 4.) selbst nur ein indirektes, indem es die streitige Thatsache, wovon die Entscheidung des Prozesses abhängt, z. B. die Existenz der Verbindlichkeit, die angebliche Zahlung, nicht geradehin und unmittelbar, sondern blos vermittelt eines Schlusses vom Geständnisse auf die Wahrheit des Eingestandenen erprobt. Ein solches Geständnifs ist vielen Einreden über seine Beweiskraft ausgesetzt, und nicht nur an sich Gegenstand einer Beweisführung, sondern auch der dadurch mittelbar zu beweisende Umstand Gegenstand eines Gegenbeweises, wenn

gleich keine der Bedingungen vorhanden ist, auf welche das eigentliche Zugeständniß beschränkt werden muß. 3) Das Geständniß kann in den Verhandlungen eines Streites selbst vorkommen. Hier ist es eigentliches *Zugeständniß*, welches den zugestandenen Umstand aus der Reihe der streitigen Thatumstände (§. 1.) versetzt, und jede weitere *Vollführung* des Beweises entbehrlich macht. Als befreiend von der Beweislast kann man es nicht betrachten, weil jede Parthei den Beweis ihrer Behauptungen im voraus, und ohne den Widerspruch ihres Gegners abzuwarten, antreten muß, aber es gilt dem Richter für einen Erkenntnißgrund der Wahrheit, der keine *Beweisführung* über das unstreitige zuläßt. Auch von einem Gegenbeweise kann hier die Rede nicht seyn, denn dieser kommt nur bei einer Beweisführung vor, und überhaupt ist es unmöglich, daß eine Parthei den Umstand zugestanden und wider denselben den Gegenbeweis angetreten habe. Auf ein solches Zugeständniß wirkt Verzicht als leitendes Prinzip des Civilprozesses vielfach ein, dem zufolge ein Beweis, daß das Zugestandene nicht wahr sey, in der Regel nicht statt findet, aus dem wir aber zugleich die Ausnahmen (§. 2. num. 2). einsehen, denen noch neu entdeckte Beweise zugesellt werden

müssen, welche gegen ein rechtskräftiges Urtheil die Wiedereinsetzung begründen, weil kein Verzicht auf unbekannte Dinge zu erstrecken ist.

Nach dieser Konstruktion des Geständnisses gehe ich mit der Bemerkung über, daß ich über *verbindenden Anerkennungen* als einem Gegenstand des Civilrechts hier nichts näheres (§. 3.) bestimmt, sondern das Geständniß als *Beweismittel* aufgefaßt habe. Zuerst kommen die allgemeinen Grundsätze über Geständniß vor, dann gehe ich zu den Arten desselben über.

Jedes Geständniß (§. 1.) auch als Beweismittel setzt (N. 1.) die objektive und subjektive Verfügungsgewalt voraus. Hinsichtlich der *objektiven* begegnen wir einigen Gegenständen des bürgerlichen Rechts, welche nicht ganz der Willkühr der Partheien überlassen sind. Was hilft z. B. ein Verbot gegen *willkührliche* Ehescheidungen, wenn die Eheleute durch einen Prozeß und verabredete Geständnisse in demselben sich willkührlich trennen könnten: dürfte ein Richter ohne Augenschein auf das Zugeständniß der Impotenz eine Ehe für nichtig erklären? Bei diesen ist demnach Geständniß allein kein zureichendes Beweismittel.

Hinsichtlich der *subjektiven* begegnen wir einem Anstand bei strafbaren Handlungen, welche eine privatrechtliche Entschädigung begründen, indem die Jahre der *Zurechnungsfähigkeit* mit den Jahren der *Dispositionsfähigkeit* nicht genau zusammentreffen. Allein dieser Anstand verschwindet nach den Bemerkungen zum Buch I. Kap. I. §. 3. denn ein verurtheilendes Straferkenntniß setzt ohnehin allemal eine Prüfung der objektiven Wahrheit des Eingeständnisses voraus.

Das Geständniß kann nur in Voraussetzung jener Verhältnisse (N. 2.) etwas beweisen, welche von einer mit Rechtsfolgen verbundenen Handlung nicht hinweggedacht werden können. Diese bestehen a) in einer Gültigkeit des Geständnisses an sich, der Zwang und Furcht entgegen steht; doch nur Furcht vor *unrechtmässiger* Gewalt, weil Furcht vor *rechtmässiger* Gewalt, der Obrigkeit oder anderer Vorgesetzten keine Handlung ungültig macht. Auch *Ueberlegung* und *Absicht* werden zu einem Geständnisse erfordert, und dieses ist eben der Punkt, welchen die Gesetzgebung vorzüglich bei Würdigung des aussergerichtlichen Geständnisses (§. 3.) zu berücksichtigen hat.

Kein Geständnifs kann (N. 3.) gegen einen Dritten beweisen, der nicht des Bekennenden Handlungen leisten muß. Dieses gilt auch bei Bürgen, denn sonst könnte ein angeblicher Schuldner und Gläubiger zum Schaden eines Dritten sich im geheimen verabreden. Eine neue Rechtfertigung meiner strengeren Vorschläge (Buch I. Kap. III. §. 6.) über Streitverkündigung. Uebrigens hängt der Grad des Beweises von Verschiedenheit des Geständnisses ab.

Hinsichtlich der Streitgenossen (N. 4.) begegnet man einer ganz eigenen Schwierigkeit. Das Kriminalrecht legt auf das Bekenntniß eines Mitschuldigen vollen Werth, wenn dieser durch sein Bekenntniß auf den Andern seine Strafbarkeit nicht mindern will, und nach dem Straferkenntnisse auf jener Aussage beharrt; man findet unter diesen Umständen, wo der Bekennende die Wahrheit seines Bekenntnisses durch Erleiden der Strafe bestätigt, ein Surrogat des Zeugeneides. In Civilsachen muß dieses zur analogen Anwendung kommen, daher zwischen theilbaren und untheilbaren Sachen unterschieden werden. Bei theilbaren Sachen kann der Streitgenosse für seinen Antheil *sich* schaden, macht er daher ein Geständniß, so behält dieses *gegen ihn* jene Beweiskraft, wel-

che dem Geständnisse an sich, es sey ein aussergerichtliches oder gerichtliches, und letzteres ein ausdrückliches oder stillschweigendes, zukommt. Dieses will ich mit den Worten sagen, es verbinde ihn vollkommen, ohne daß ich mit dem Worte „*Verbinde*“ die Natur des Geständnisses im Civilprozeße abändern, oder mit dem Worte „*vollkommen*“ einen vollständigen Beweis bezeichnen wollte, vielmehr leuchtet es von selbst ein, daß ein solches Geständniß, wenn es aussergerichtlich war, auch nur die Beweiskraft eines aussergerichtlichen habe. Gegen den *andern* Streitgenossen hingegen kann sowohl bei theilbaren als bei untheilbaren Gegenständen bloß das *ausdrückliche* gerichtliche oder aussergerichtliche Geständniß berücksichtigt werden. Es nimmt gegen den Streitgenossen die Natur eines *Zeugnisses* an, welches aber in Civilsachen einen Eid zuläßt oder verträgt. Der Zugestehende besiegelt sein Geständniß durch den Schaden, welchen er selbst davon leidet, und der Gesetzgeber hat allen Grund, hierauf, wenn auch nicht den vollen Werth eines beschwornen Zeugnisses, dennoch einen Werth zu legen. In der *Hälfte* der Beweiskraft, welche dem Geständnisse eines Streitgenossen an sich zukommt, glaube ich das richtige Verhältniß gefunden zu haben.

Wider den Spruch, *qui tacet, dum loqui debuisse et potuisse, consentire videtur*, als Regel, haben die bewährtesten Rechtslehrer *) sich erklärt, auch für das *Confiteri* habe ich ihn (N. 5.) nicht annehmen können, gerichtliche Streitverhandlungen ausgenommen. Die Richtigkeit dieser Bestimmung läßt sich aus dem Leben sehr leicht nachweisen. Man denke sich zwei Menschen, welche bei Vergleichsunterhandlungen mit einander sich besprechen, und von welchen der eine vorlaut und aufbrausend, der andere zurückgezogen und kalt ist; jener behauptet Umstände, welche durchaus falsch sind, dieser mag durch seinen Widerspruch das erhizte Gemüth seines Gegners nicht reizen, und ist klug genug um zu schweigen: wohin führte es, und wie könnte man es mit der Gerechtigkeit vereinbaren, wenn man hier *Stillschweigen* für *Eingeständnifs* achtete? Ganz anders verhält es sich mit Streitverhandlungen, wo *nur das Ableugnen* ein Vertheidigungsmittel ist, dessen man sich wie aller andern Vertheidigungsmittel nur ausdrücklich bedienen kann.

*) Man sehe vorzüglich Glück Erläuter. der Pandekten Bd. III. §. 290.

In jenen Fällen, wo den obigen Bemerkungen zufolge das Geständniß eine für sich verbindende Anerkennung ausmacht, bedarf es gleich allen Verträgen einer ausdrücklichen oder stillschweigenden (d. h. durch *Handlungen* erklärten) Annahme. Allein als Beweismittel hängen dessen Wirkungen von einer Annahme nicht ab. Die alte Formel, man *nehme diensam* das Geständniß an, hat also den Effekt aller solcher unschädlichen aber überflüssigen Formeln.

Von jeher war viel Streit*) über das *qualificirte* Geständniß; sonderbar, daß die Rechtswissenschaft mit diesem Worte im Kriminalrecht einen andern Sinn verbindet als im Civilrecht, in jenem soll es ein ausführliches und auf alle Umstände sich verbreitendes, in diesem ein limitirtes eingeschränktes Geständniß bezeichnen, was besser durch den Namen *Confessio limitata* geschehen wäre. Es ist kein guter Vorbothe, wenn zwei Rechtstheile dasselbe Wort in einer so verschiedenen Bedeutung nehmen. Dem wichtigsten Theile jener

*) Graffen de confess. qualificata Goett. 1769. Sibeth, Skizze einer neuen Theorie von Klagen S. 38. Handb. Band II. Abh. XLIII, §. 24. Weber a. a. O. S. 321.

Kontrovers beugt zwar die gebotene Verbindung des Beweises mit den Streitverhandlungen vor, denn keine Parthei darf es mehr auf ein limitirtes Geständnifs ihres Gegners ankommen lassen. Allein ganz ist sie doch nicht zu umgehen, und so habe ich hievon in diesem Kapitel an zwei Orten gehandelt.

Bei Aeusserungen, worin Jemand einige Umstände jedoch mit Einschränkungen oder Zusätzen eingestehet, kommt die Frage vor: ob zum Beweise das Zugeständnifs von der Limitation getrennt, daher das Zugestandene zum Beweise benützt und der Beweis der Limitationen vom Zugestehenden gefordert werden könne. Die Doktrin nahm vormals einen Unterschied zwischen trennbaren und untrennbaren Limitationen nach dem objektiven Zusammenhange derselben mit dem Zugestandenen an, allein dadurch wurde die Sache noch verwirrt, denn die Trennbarkeit oder Untrennbarkeit gab Stoff zu neuen Kontroversen, und dann war jener ganze Unterschied an sich falsch, weil man in der Zergliederung einer Handlung in ihre Bestandtheile immer auf eine Trennung der zugestandenen Umstände von der Limitation zurückkommt. Wenn Jemand erklärt, er habe Hundert Gulden Anlehen erhalten, aber

funfzig zurückbezahlt, er habe das Haus mit Meubles um fünftausend erkaufte, er sey dem Andern tausend in Fristen schuldig, so kann leicht gesondert werden, wie weit eine solche Aeusserung ein Geständniss, wie weit sie eine Limitation enthalte; diese Sonderung ist in *allen* Fällen möglich, daher von *untrennbaren* Limitationen gar nicht zu sprechen. Allein in Beziehung auf die Beweislast muß unterschieden werden, ob ein solches limitirtes Geständniss in den Verhandlungen eines Rechtsstreits selbst oder ausser denselben abgelegt wurde. Die Vernachlässigung dieses Unterschieds hat viel geschadet, und doch war sie allgemein, ungeachtet die Wahrheit leicht, etwa aus einem einzigen Beispiel erkannt werden kann. Wenn mein Gegner einen Brief vorzeigt, worin ich ihn ersuche, mir wegen einer Forderung, an der ich ihm bereits tausend Gulden bezahlt hätte, noch vier Wochen nachzusehen, und aus diesem Briefe das Anlehen oder die Auszahlung des Geldes beweisen will, sollte er berechtigt seyn, Geständniss von Limitation zu trennen, und mir den Beweis der Zahlung aufzuladen; wie ich dazu offenbar verbunden bin, wenn ich als Beklagter vor Gericht die Forderung mit der Limitation zugestehe, daß ich einen Theil derselben bezahlt

habe? Schon die Vergleichung dieser beiden verwandten Fälle zeigt, dafs man bei der verworrenen Lehre vom limitirten Geständnisse nicht vor der Eigenschaft der Limitation, sondern vielmehr von der *Handlung* ausgehen mufs, durch welche ein solches Geständnifs abgelegt wird. Die Beweiskraft eines ausser den gerichtlichen Streitverhandlungen abgelegten Geständnisses beruhet einzig auf der Vermuthung, dafs niemand durch eine unwahre Aeusserung über sein Verhältnifs *sich schaden* wolle; er hat sich *nicht weiter* schaden wollen, als jenes limitirte Geständnifs *im Ganzen* schadet, nicht weiter, als er nach Abrechnung der Zahlung noch schuldig ist, wer also ein *solches* Geständnifs zum Beweise benützen will, der mufs es ganz oder gar nicht gebrauchen; wie bei einer Urkunde oder einer Zeugenaussage die Sonderung des nützlichen von dem schädlichen Inhalt dem Beweisführer nicht zusteht, eben sowenig findet sie bei einem solchen Geständnisse statt, ohne Unterschied ob die beigefügte Limitation, bezogen auf die Streitverhandlungen, die Eigenschaft einer Einrede z. B. Doli, vis, solutionis, remissionis an sich trüge, und vom Beklagten bewiesen werden müfste.

Wer *blos eingestehet*, der begeheth eine einzige und untheilbare Handlung, und wer diese Handlung zum Beweise brauchen will, darf sie nicht theilen. Dieser Satz, der aus der Natur des *Geständnisses* hervorgehet, mußte daher in die allgemeinen Bestimmungen (N. 7.) aufgenommen, und die aus der Natur der *Streitverhandlungen* hervorgehende Ausnahme bei dem gerichtlichen Geständnisse dem folgenden §. vorbehalten werden. Derjenige, welcher ein solches limitirtes Geständniß als Beweismittel gebraucht, kann jedoch den Beweis führen, daß die beigefügte Limitation nicht wahr sey, und dann bleibt, wie sich von selbst versteht, und auch Weber a. a. O. richtig bemerkt, das Geständniß ohne Limitation übrig, wie man durch eine Urkunde aus den nützlichen Stellen den Beweis führen kann, wenn man durch *andere* Beweismittel darthut, daß die widrigen Stellen nicht in der Wahrheit beruhen. Der letzte Satz (N. 8.) hat ein doppeltes Interesse, ob er gleich, als schon im Begriffe eines Beweismittels (Kap. III. §. 1.) enthalten, entbehrlich scheint. Aus der Erfahrung ist bekannt, wie gerne in den Streitverhandlungen ein Theil die Behauptung eines Rechtssatzes für zugestandene Wahrheit ergreift und sogar die Gerichte zuweilen in den Ent-

scheidungsgründen auch bei blossen Rechtssätzen sich darauf berufen, der Kläger habe dieses selbst eingeräumt, anerkannt u. d. diesem Mißstand vorzubeugen, den auch Weber a. a. O. rügte, hielt ich nützlich.

Das wesentliche Interesse beruhet aber in einer andern Beziehung. Was die Erklärung des Beklagten über das Faktum der Klage ist, das ist auch die Behauptung des Klägers über eben jene Umstände, welche er für seine Klage anführt; wie der Kläger die Zeugen, welche er für sich produziert, auch gegen sich muß gelten lassen, so nehmen die *Behauptungen* jener Umstände, worauf ein Theil sein Recht im Prozesse gründet, gegen denselben die Eigenschaft eines Geständnisses an. Da nun der Behauptung von *Rechtssätzen* die *faktischen* Behauptungen gegenüber stehen, so habe ich mit der Bestimmung, daß Behauptung falscher Rechtssätze für ein Geständniß nicht zu achten sey, zugleich den Satz ausgesprochen, daß die *Behauptung eines Thatumstands* einem *Geständnisse* gleich geachtet werde.

§. 2.

Vom gerichtlichen Geständnisse.

Das gerichtliche Geständniß erscheint unter einer zweifachen Beziehung, als blosses

Beweismittel oder als ein Mittel, wodurch eine Thatsache im Prozesse für unstreitig zu achten ist, daher die Beweisführung entbehrlich macht. Der praktische Werth beruht nicht nur in der Kraft des Beweises, sondern auch in der Zulässigkeit eines Gegenbeweises.

Zu einem gerichtlichen Zugeständnisse im eigentlichen Sinne werden (N. 1.) drei Stücke erfordert: a) es muß vor dem kompetenten Gerichte geschehen ohne Unterschied des Grundes der Zuständigkeit: b) von einer Parthei gegen die Andere; im Verhältniß zu einem Dritten, welcher im Streite nicht mitbefangen ist, wird ein Geständniß nur als Beweismittel (N. 4.) betrachtet. Auch hier rechtfertigt sich meine Ansicht, von der Streitverkündigung, Intervention u. d. bei den streitenden Theilen zu handeln; denn bei dem gerichtlichen Geständniß wie bei der Rechtskraft begegnet man ihren Wirkungen: c) in den *Verhandlungen* des Streits; nur diese haben die gesetzliche Bestimmung, durch wechselseitige Erklärungen der Partheien zu den Akten die Thatsachen aufzunehmen, von deren Wahrheit jeder Theil sein Recht ableitet, und durch die Gegenäusserung zu erfahren, was der andere Theil hieran zugestehet, folglich nunmehr unstreitig und nicht

ferner Gegenstand einer Beweisführung ist. Aeusserungen über Thatumstände bei den *Unterhandlungen* eines Vergleichs gehören nicht in diese Klasse, und sollten gar nicht zu Protokoll aufgenommen werden, einestheils weil jene Unterhandlung nicht auf Rechtsvertheidigung abzielt, anderntheils weil bei solchen Traktaten oft in Uebereilung oft in Leidenschaft sovielerlei hin und her gesprochen und behauptet wird, daß es an jener Bedächtlichkeit mangelt, welche ein vollgültiges gerichtliches Zugeständnifs voraussetzt. Ein solches Zugeständnifs, es sey ausdrücklich oder stillschweigend (Buch I. Kap. V. §. 3.), beweiset vollkommen, es hebt das Zugestandene in die Reihe unstreitiger Thatsachen, worüber von nun an, auch wenn der Beweis vom Gegentheile vorher angetreten war, jede Beweisführung entbehrlich, daher auch kein Gegenbeweis denkbar ist.

Nur der *Widerruf* (N. 2.) macht hievon eine Ausnahme, wobei das Gesetz den Gesichtspunkt strenge einhalten muß, daß jede prozessualische Handlung mit Vorbedacht geschehe, daß die gerichtlichen Handlungen nicht ohne dringenden Rechtsgrund angefochten und daß nur streng gerechtfertigte Ausnahmen zu-

gelassen werden. Ueberhaupt kann nach eingetretener Rechtskraft ein Widerruf nicht mehr geschehen, denn die Sicherheit des Rechts fordert, jenen Grenzstein für das Streiten fest zu halten; *Wiedereinsetzung* wegen neu aufgefundenener Beweise, ist jedoch mit einem *Widerrufe* nicht zu verwechseln, denn jene findet statt gegen jedes Urtheil, wenn es auch auf Zugeständnisse gebaut war. Der reine Widerruf erscheint also hier ausser dem Fall eines durch Nova begründeten Rechtsmittels, und läßt sich nur in zwei Fällen rechtfertigen. a) Wenn der Zugestehende *wahrscheinlich* macht, daß er aus Irrthum zugestanden habe, und wenn er *zugleich* das Gegentheil dessen, was er zugestanden hat, *vollkommen* beweiset; denn in diesem Fall muß er durch vollkommenen *Beweis* den Beweis entkräften, welchen sein Geständniß hervorbringt. Daß nunmehr sein Gegner in die Reihe des Gegenbeweises trete, und hiezu alle Beweismittel brauchen könne, versteht sich von selbst. Uebrigens wird ein strenger Beweis des Irrthums nicht erfordert, vielmehr genügt es, wenn derselbe *wahrscheinlich* gemacht ist, auch findet zwischen dem schuldlosen und verschuldeten Irrthum kein Unterschied statt. b) Wenn der Anwalt *erweislich* gegen den Inhalt der ihm

ihm erteilten Information oder zugestellten Dokumente Etwas zugestanden hat. Hier greifen die Bestimmungen des Entwurfs genau in einander, und die Bestimmung über das Informationsprotokoll der Advokaten (Buch I. Kap. IV. §. 7.) äussert ihre guten Wirkungen. Welche Blöse hat das römische Recht in der Bestimmung *), daß die Partei ein vom Advokaten in ihrer Gegenwart abgelegtes Geständnifs innerhalb drei Tagen widerrufen könne, indem hieraus folgt, daß ein vom Advokaten ohne Beisein der Parthei abgelegtes Geständnifs bis zum Urtheil widerrufen werden könne, dieses setzte heutzutage beinahe alle prozessualische Handlungen dem willkürlichsten Widerrufe aus, indem bei uns schriftliche Verhandlungen oder selbst mündliche ohne Anwesenheit der Partheien bei weitem die grössere Zahl ausmachen: wie gefährlich ist dieses für die Sicherheit des Rechts, wenn alle Kontrolle dafür mangelt, daß Etwas gegen den Willen der Parthei von ihrem Sachwalter zugestanden wurde! Welches Spiel könnten Partheien und An-

*) L. 1. u. 3. C. de error. advocator. über die Kontrovers wegen der Worte „*triduo proximo*“ welche im letzten Fragmente vorkommen, sehe man Glück Erläuter. der Pandekten Th. V. §. 368.

wälte treiben! Dem Verletzten gewähre das Gesetz die nöthige Hülfe, aber er zeige aus dem Informationsprotokolle oder den Dokumenten, daß sein Bevollmächtigter die Instruktion verletzt habe, und der Advokat ver falle dann in eine angemessene Strafe. So ist das Gesetz harmonisch mit sich bei dem Vollmachtsvertrage und gegen Alle gleich gerecht! Daß bei einer Treulosigkeit eine Kriminalstrafe gegen den Anwalt eintreten könne, bedurfte hier nicht angeführt zu werden. Die Wirkung eines solchen Widerrufs unterscheidet sich vom ersten Falle in dem wesentlichen Punkte, daß hier das Geständniß als *ungültig* erscheint, der Widerruf also für sich allein genügt, und der Beweis des Gegentheils von dem zugestandenen Umstand dem Widerrufenden nicht obliegt. Die Beweislast wird bemessen ohne Rücksicht auf das widerrufene Geständniß. Um dieses nicht zweifelhaft zu lassen, bitte ich im Texte bei b) das Wort „*unwahres*“ zu streichen.

Das *limitirte* Geständniß (N. 3) erscheint bei den Streitverhandlungen in einem ganz eigenen Verhältniß, welches hier eine nähere Bestimmung forderte. Bei den Streitverhandlungen steht eine Parthei nicht bloß als be-

kennender Theil da, sondern auch als Vertheidiger gegen den Anspruch des Andern, seine Handlung hat nicht, wie das Geständnifs ausser den Streitverhandlungen, nur *eine* Eigenschaft, sondern eine *zweifache*, als Aeusserung über die Behauptungen, worauf der Gegentheil sein Recht stützt, als *Litiskontestation*, zugestehend oder ableugnend und zugleich als selbstständige Behauptung solcher Umstände, woraus er den Rechtsanspruch des Gegentheils zu entkräften sucht, als *Einrede* (Exceptio, replicatio); wenn er also eine Einrede in jenes Geständnifs durch die Form einer Limitation verwebt, so liegt in der zweifachen Eigenschaft der Handlung selbst der Grund, zu unterscheiden, wieferne dieser Vortrag ein Geständnifs, eine Ableugnung, oder eine selbstständige Behauptung enthält, und hiernach ist die Beweislast zu bemessen.

Uebrigens wiederhole ich, dafs in dem Gebote, die Beweise mit den Streitverhandlungen zu verbinden, die Lehre vom limitirten gerichtlichen Geständnifs den grössten Theil ihres praktischen Werthes verlohren habe. Der Kläger mufs den Beweis schon mit der Klage verbinden, der Beklagte hat also gar kein Interesse, seine Einreden hinter ein limitirtes

Geständnifs zu verstecken, vielmehr hat er alle Ursache, dieses zu vermeiden, weil auch er mit seinen Einreden die Beweisantretung verbinden muß, und dieses die verworrene Einkleidung in ein limitirtes Geständnifs nicht verträgt.

Als blosses Beweismittel (N. 4.) ist jenes Geständnifs anzusehen, welches entweder in eben der Streitsache aber vor dem inkompetenten Richter, oder in einer andern Streitsache vor dem zuständigen Richter abgelegt wurde. Die Kraft eines vollständigen Beweises kann man ihm nicht zusprechen, aber es hat die rechtliche Vermuthung für sich, nicht bloß daß es ohne Irrthum, sondern auch daß es mit Ueberlegung (*animo confitendi*) geschehen sey, und für sich hat es die Kraft eines halben Beweises. Daß ein Gegenbeweis statt finde, leuchtet von selbst ein.

§. 3.

Vom aussergerichtlichen Geständnisse.

So richtig sonst auch der Satz ist, *Modus non variat rem*, so stark trügt er bei rechtlicher Beurtheilung des Werthes aussergerichtlicher Geständnisse. Schon die Praktiker erfanden eine Menge von Einreden gegen solche

Geständnisse *), und alle drehen sich um eine Achse, den *Animus confitendi*, denn ist dieser vorhanden, so verändert die Art des Geständnisses seine Kraft nicht, ein gerichtliches ist dem aussergerichtlichen, ein schriftliches dem mündlichen gleich.

Eben die legislative Bestimmung über diese Absicht hat eigene Schwierigkeiten, um einfach und erschöpfend einen Gegenstand zu normiren, welcher sich auf die alltäglichen Vorfälle des Lebens unter den mannichfaltigsten Umständen beziehet, und wo es gleich bedenklich wäre, dem richterlichen Gutdünken Alles zu überlassen, oder das vernünftige Ermessen des Richters zu sehr einzuschränken.

Vor allem scheide ich (N. 1.) aus der Reihe der *Geständnisse* alle jene Fälle, wo über ein Rechtsgeschäft ein förmliches *Dokument*, ein Vertrag, ein Testament, eine Quittung vorliegt, denn hier kommt es auf das *Dokument* und das *Rechtsgeschäft* an, worüber jenes er-

*) z. B. exceptio dicti minus serii, simulationis, confessionis ex ostentatione factae, indeterminatae u. s. w. Leyser Med. ad Pand. Spec. 475.

richtet wurde, und die Frage, ob ein solches Dokument jene Thatfachen beweise, welche darin als wahr ausgegeben werden, liegt ausser dem Gebiete des Prozeßkodex, und gehört rein dem Civilgesetzbuch an. Der legislative Grund der Exceptio non numeratae pecuniae und non numeratae dotis liegt keineswegs in der Natur des Beweismittels, sondern in der Natur jenes Rechtsgeschäfts, worüber dergleichen Urkunden errichtet werden, sie gehören also in das Civilgesetzbuch und zwar zu eben jenem Rechtsgeschäfte, worauf sie sich beziehen, keineswegs in den Prozeßkodex, dem die Natur des Geständnisses als solchen keinen Grundsatz zur Würdigung solcher Dokumente *nach ihrem Inhalt* darbiethet. Mich wundert, daß der scharfsinnige Weber *) diesen Gesichtspunkt nicht auffasste, sondern solche förmliche Urkunden als schriftliche aussergerichtliche Geständnisse mit der Exceptio non numeratae beurtheilt. Die Franzosen haben den *Beweis durch Urkunden*, wenn gleich diese ein Geständniß enthalten, richtig und scharf vom *schriftlichen Geständnisse* unter dem Namen *Commencement de preuve par*

*) Von der Verbindlichkeit zur Beweisführ.
Seite 68 ff.

écrit *) unterschieden, welches da eintritt, wo eine *Schrift* nicht in der Absicht vollzogen worden, um unter den Betheiligten den Beweis ihres Rechtsverhältnisses zu versichern, oder durch jene Schrift ein Rechtsgeschäft selbst zur Vollkommenheit zu bringen. Der richtigen Ansicht zufolge ist eine förmliche Urkunde über die Anerkennung eines Unehe-lichen kein Geständnifs der Vaterschaft, sondern ein *Dokument* über die Agnition; dagegen ist ein Brief, worin Jemand der Erzieherin Geld für eine Person als sein uneheliches Kind zuschickt, nur ein schriftliches *Geständnifs*, jenes beweiset als Dokument vollkommen, wie ein Kaufkontrakt, ein schriftlicher Vergleich; dieses beweiset als schriftliches Geständnifs nur unvollständig. Dieser Unterschied, den viele verkennen, ist von höchster Wichtigkeit.

Nach Ausscheidung des rein Civilrechtlichen komme ich nun zum eigentlichen aussergerichtlichen Geständnisse, wo unsere heutigen Verhältnisse und Sitten auf den Unterschied zwischen schriftlichen und mündlichen Geständnissen führen.

*) *Mein Archiv für die Gesetzgebung* Band III.
Num. III.

Auch bei dem *schriftlichen* Geständnisse hängt die Beweiskraft ab vom *Animus confitendi*, und dieser von Umständen; doch erkennt man auf legislativem Standpunkte bald die Nothwendigkeit, als Regel jene Absicht zu vermuthen, und dem Geständnisse die Kraft eines halben Beweises zuzusprechen. Das bekannte: *Litera scripta monet* muß jeden abhalten, leichtsinnig zu schreiben, was im Leben oft unüberlegt gesprochen wird. Zuweilen mag jene Regel eine Ausname leiden, und Weber führt den Fall an, wo Jemand in einem Briefe der Zumuthung eines Darlehens durch den Vorwand auszubeugen suchte, er habe selbst vom Maevius 50 Gulden entlehnt; dieser Aeusserung mangelt es an der Absicht, etwas als Wahr anzunehmen; aber nun setze man einen konformen Schuldbrief hinzu, und man wird jenem Schreiben in Rücksicht auf die *Exceptio non numeratae pecuniae* nicht allen Einfluß absprechen. Selbst der Unterschied, ob ein solches schriftliches Geständniß demjenigen, den es angehet, oder einem Dritten geschehen sey, sovielen Werth auch Weber darauf legt, hat die Erfahrung gegen sich, und ein Brief, worin Jemand einen Freund bittet, sein uneheliches Kind oder eine von ihm geschwängerte Person aufzunehmen, worin Je-

écrit *) unterschieden, welches da eintritt, wo eine *Schrift* nicht in der Absicht vollzogen worden, um unter den Betheiligten den Beweis ihres Rechtsverhältnisses zu versichern, oder durch jene Schrift ein Rechtsgeschäft selbst zur Vollkommenheit zu bringen. Der richtigen Ansicht zufolge ist eine förmliche Urkunde über die Anerkennung eines Unehe-lichen kein Geständnifs der Vaterschaft, sondern ein *Dokument* über die Agnition; dagegen ist ein Brief, worin Jemand der Erzieherin Geld für eine Person als sein uneheliches Kind zuschickt, nur ein schriftliches *Geständnifs*, jenes beweiset als Dokument vollkommen, wie ein Kaufkontrakt, ein schriftlicher Vergleich; dieses beweiset als schriftliches Geständnifs nur unvollständig. Dieser Unterschied, den viele verkennen, ist von höchster Wichtigkeit.

Nach Ausscheidung des rein Civilrechtlichen komme ich nun zum eigentlichen aussergerichtlichen Geständnisse, wo unsere heutigen Verhältnisse und Sitten auf den Unterschied zwischen schriftlichen und mündlichen Geständnissen führen.

*) *Mein Archiv für die Gesetzgebung* Band III.
Num. III.

Auch bei dem *schriftlichen* Geständnisse hängt die Beweiskraft ab vom *Animus confitendi*, und dieser von Umständen; doch erkennt man auf legislativem Standpunkte bald die Nothwendigkeit, als Regel jene Absicht zu vermuthen, und dem Geständnisse die Kraft eines halben Beweises zuzusprechen. Das bekannte: *Litera scripta monet* muß jeden abhalten, leichtsinnig zu *schreiben*, was im Leben oft unüberlegt *gesprochen* wird. Zuweilen mag jene Regel eine Ausname leiden, und Weber führt den Fall an, wo Jemand in einem Briefe der Zumuthung eines Darlehens durch den Vorwand auszubeugen suchte, er habe selbst vom Maevius 50 Gulden entlehnt; dieser Aeusserung mangelt es an der Absicht, etwas als Wahr anzunehmen; aber nun setze man einen konformen Schuldbrief hinzu, und man wird jenem Schreiben in Rücksicht auf die Exceptio non numeratae pecuniae nicht allen Einfluß absprechen. Selbst der Unterschied, ob ein solches schriftliches Geständniß demjenigen, den es angehet, oder einem Dritten geschehen sey, sovielen Werth auch Weber darauf legt, hat die Erfahrung gegen sich, und ein Brief, worin Jemand einen Freund bittet, sein uneheliches Kind oder eine von ihm geschwängerte Person aufzunehmen, worin Je-

mand den Dritten auffordert, in einer Sache den Vermittler zu machen, liefert wohl auch einen unvollständigen Beweis. Indessen wurde die Regel (N. 1.) so gestellt, daß den Richter nichts hindert, auch bei schriftlichen Geständnissen den Animus nach den Umständen zu bemessen.

Bei *mündlichen* Geständnissen hingegen (N. 2.) kann man aus der *Schrift* den Animus nicht vermuthen, hier müssen vielmehr alle Verhältnisse und Umstände, Zeit, Ort, Anlaß, Personen u. d. wohl erwogen werden, um hiernach zu bestimmen, ob die Absicht, über sein Rechtsverhältniß bei einer Sache sich zu erklären, vorhanden ist. Einer prahlt im freundschaftlichen Kreise und frohen Zirkeln mit Handlungen, die er nie begangen hat, der Andere heuchelt Armuth und Schulden aus Politik, der Dritte erzählt von sich Begebenheiten mit Zusätzen und Veränderungen der gesellschaftlichen Unterhaltung wegen. Dergleichen Aeusserungen und Erzählungen beweisen gar nichts. Sind hingegen die Personen, welchen das Geständniß abgelegt wird, Wahrheit zu fordern berechtigt, oder handelt man mit ihnen vermöge eines rechtlichen Verhältnisses, oder liegt wenigstens in der Art, wie

Jemand sich erklärt, oder wie er zur Erklärung über Umstände aufgefordert wird, besonders wegen des Interesse des Auffordernden oder eines Dritten ein Grund, um bei der Aeusserung Absicht und Ueberlegung anzunehmen, so muß man einem solchen mündlichen Geständnisse ebenfalls die Kraft eines halben Beweises zusprechen.

§. 4.

Vollführung des Beweises durch Geständnifs.

Hierüber habe ich nur die Bemerkung beizufügen, daß zum Beweise des Geständnisses die Eidesdelation stillschweigend ausgeschlossen wurde. Das Geständnifs in dieser Eigenschaft ist nur ein indirekter Beweis, wenn daher doch eine Eideszuschreibung statt finden soll, so muß sie gleich über den Beweissatz unmittelbar geschehen. Hiefür spricht auch noch die Betrachtung, daß ein Geständnifs solcher Art immer nur einen unvollständigen Beweis macht, folglich immer noch ein Eid nothwendig wäre, eine solche überflüssige Vermehrung der Eide ist ein Mißgriff der Legislation.

Fünftes Kapitel.

Von Augenschein und Sachverständigen.

§. 1.

*Von Augenschein und Sachverständigen überhaupt *).*

Wenn gleich der Richter von Amtswegen die Vornahme eines Augenscheins und die Beurtheilung durch Sachverständige anordnen kann, so nehmen doch beide unter den Beweismitteln (Kap. III. §. 5.) insoferne eine Stelle ein, als sie durch besondere Handlungen dem Richter ganz eigene Erkenntnißgründe der Wahrheit zu den Akten bringen. Dafs ein Augenschein mit oder ohne Beziehung von Sachverständigen, und ein Parere derselben ohne Augenschein vorkommen kann, dafs bei jenem in sinnlicher Wahrnehmung, bei diesem in technischer Beurtheilung ihre Funktion bestehet, und dafs beide Beziehungen wohl unterschieden werden müssen, ist unver-

*) Mayer Diss. I. et II. de singularibus probationis per inspectionem ocularem magis determinatis. Erlang. 1770. Schneider vom rechtl. Beweise §. 176. f. 502. f. 564. nebst einigen kritischen Anmerkungen. Mein Handb. B. II. Abh. XLIV. XLV.

kennbar. Indessen hielt ich eine Absonderung beider Materien in zwei Kapitel auf dem legislativen Standpunkt weder für nothwendig, noch für räthlich, und der Entwurf selbst wird es zeigen, daß beide besser in einem Kapitel behandelt werden, denn nicht alles, was gut ist für die Doktrin, paßt für die Gesetzgebung.

Augenschein ist Beweis der Gegenwart, und, der Regel nach, direkter Beweis; doch erscheint derselbe, wie dieses auch vom Pare-re der Sachverständigen gilt, oft als historischer, sogar als indirekter Beweis, wenn nämlich aus dem Befunde auf vorausgegangene oder andere Thatsachen, z. B. aus dem körperlichen Zustand einer Person auf deren vorhergegangene Schwangerschaft und Niederkunft geschlossen wird.

Der Beweis durch Augenschein (Num. 1.) beruht auf sinnlicher Wahrnehmung, setzt also eine körperliche, bewegliche oder unbewegliche Sache, voraus. Sein grosses Gewicht ist unter den Praktikern anerkannt, sie nennen ihn *evidentia facti*, *oculata fides*, woran auch, wenn richtig beobachtet wurde, nicht zu zweifeln ist, denn aus ihm spricht die Sache selbst,

und vergebens würden zwanzig Zeugen das Gegentheil von dem beschwören, was sich als gewiss dem Auge darstellt. Hieraus erhellt, daß ein Gegenbeweis wider den Augenschein nicht statt findet, wenn er nicht auf die Unrichtigkeit der Wahrnehmung selbst, oder darauf gerichtet ist, daß der gegenwärtige Zustand eine Folge nachheriger Veränderungen war, folglich nach demselben der Streit nicht beurtheilt werden darf.

An Sachverständigen muß die zweifache Eigenschaft unterschieden werden, in welcher sie bei einem Streite vorkommen können; sie sind entweder Gehülfen des Richters bei dem Augenschein (N. 2.) oder selbst Richter über jene technische Frage (N. 3.) welche auf die Entscheidung des Prozesses einwirkt. Die Beiziehung von Sachverständigen ist in jeder Rücksicht so oft nothwendig, als zur genauen Wahrnehmung oder Beurtheilung die gemeine Erfahrung und Kenntniß eines gebildeten Mannes nicht zureicht, sondern besondere Kenntniß einer Kunst oder Wissenschaft oder eine besondere Erfahrung erfordert wird. Diese Beiziehung bleibt nothwendig, wenn auch der Richter die erforderlichen technischen Kenntnisse selbst besitzen sollte, weil das Gesetz in

dem Richter zufällige Eigenschaften nicht berücksichtigen und nach ungewöhnlichen Eigenschaften eines Subjekts seine Bestimmungen nicht abmessen darf *).

Die Anweisung, daß der Richter aus eigenem Antriebe (Num. 4.) die Einleitung zur Vornahme des Augenscheins oder zur Beurtheilung durch Experten sobald treffe, als er bemerkt, daß es hierauf ankommt, schneidet viele unnöthige Verhandlungen ab **) und es mußte hierin die richterliche Prozeßdirektion (Buch I. Kap. V. §. 2.) erweitert werden. Eben deswegen kann man die Vorschriften über Beweisantrittung hieher nicht beziehen, obgleich vorsichtige Partheien ohnehin nicht unterlassen werden, in den Verhandlungen den Richter hierauf jedesmal sogleich aufmerksam zu machen, daß ihre Behauptungen durch Augenschein oder Urtheil der Experten sich als wahr darstellen werden.

§. 2.

Von Sachverständigen insbesondere.

Hier sind die Sachverständigen in der Allgemeinheit nach ihrer zweifachen Eigen-

*) Glück Erläut. der Pand. Th. I. S. 256.

**) Grolman Theorie des ger. Verf. §. 187.

schaft aufgefaßt, sie mögen als Gehülfen des Richters bei dem Augenschein, oder als Richter des technischen Theiles eines Prozesses betrachtet werden. Dafs die Prozeßlehrer und Gesetzbücher Sachverständige *als Zeugen* angesehen haben, hat der Wahrheit viel geschadet, denn bei diesem falschen Gesichtspunkte mangelte es der ganzen Lehre in der Doktrin wie in der Legislation an einer festen Basis und an Konsequenz, und viele Sätze z. B. dafs der Richter die Experten in gewissen Fällen selbst benennt, dafs ihre Urtheile Beweiskraft haben, dafs sie sich über den Gegenstand miteinander besprechen und berathen dürfen, dafs man bei Schätzungen die mittlere Summe annimmt, sind aus der Zeugeneigenschaft ganz unerklärbar. Die Nothwendigkeit ihrer Beerdigung und die Zulässigkeit ihrer Rekusation rechtfertigt jenen falschen Gesichtspunkt keineswegs, denn wir treffen dieses nicht blofs bei Zeugen, sondern auch bei dem Richter an, und selbst bei der Rekusation verfällt man in neue Irrthümer, wenn man Experten den Zeugen gleich stellt. Ein nicht unfähiger, sondern nur verdächtiger Zeuge muß zum Zeugnisse zugelassen werden, aber ein verdächtiger Experte wird gleich dem verdächtigen Richter durch Rekusation von seiner Funktion

ganz ausgeschlossen. Der Entwurf hat demnach jene falsche Ansicht verlassen, und Sachverständige *als Gehülfen des Richters* aufgefaßt.

Sachkenntniss (Num. 1.) in Beziehung auf den Streitgegenstand als das erste Requisit rechtfertiget sich durch den Zweck, wofür man sie gebraucht, von selbst. Wer die Kunst, in welche die Sache einschlägt, öffentlich und mit Staatskonzession als Amt oder als Gewerbe betreibt, ist hierdurch über seine Sachkenntniss hinreichend legitimirt, bei anderen Personen beruht die Legitimation auf dem Vertrauen oder der Zulassung der Betheiligten; doch hat bei solchen Personen jede Parthei das Recht, den von ihrem Gegner vorgeschlagenen Experten, wenn er nicht jene öffentliche Legitimation für sich hat, zu rekusiren. Bei zusammengesetzten Objekten, wo die genaue Beurtheilung der Theile verschiedene, in einer Person nicht vereinigte Kunstkenntnisse erfordert, müssen Sachverständige verschiedener Art*) beigezogen werden; dieses kommt besonders bei grösseren Vermögensmassen oder Gutskörpern vor, wo zur Abschätzung der

Edel-

*) wie Schneider a. a. O. §. 185. sehr richtig bemerkt.

Edelsteine, Gemälde, Kunstsachen, Bücher, Feldgründe, Waldungen, Jagden, Renten u. d. verschiedene Sachverständige zu wählen sind. *Unpartheilichkeit* ist das zweite Requisit, und ich bemerke nur, daß die Hinweisung auf Zeugen hinsichtlich der Rekusationsgründe (N. 2.) nicht erlaubt, die Sachverständigen als Zeugen zu betrachten. Was nun die Personen angehet, welche als Experten beigezogen werden sollen, so kommt es auf den Unterschied an, ob für gewisse Gegenstände schon im voraus bestimmte Personen als Experten benannt sind oder nicht. Jenes trifft man in wohlgeordneten Staaten an entweder für Gegenstände, welche im gemeinen Leben öfters vorkommen z. B. Bau- und Gränzstreitigkeiten, Schätzungen gewöhnlicher Hausfahrnisse u. d. oder für Gegenstände, welche auf irgend eine Art in den Wirkungskreis der Staatsbehörden oder anderer öffentlicher Anstalten, besonders im Medizinalfache, einschlagen: diese Experten (N. 3.) werden in vorkommenden Fällen beigezogen, ohne es erst auf einen Vorschlag der Partheien ankommen zu lassen, doch bleibt diesen das Recht vorbehalten, auch solche Experten zu rekusiren. Wer würde z. B. bei Baustreitigkeiten jenen Werkmeister, welcher den Bau führte, oder bei Körperverletzungen, je-

nen Arzt, welcher den Verstorbenen zu behandeln hatte, als einen unpartheiischen Beurtheiler anerkennen? Wo dann solche öffentlich im voraus bestellte unpartheiische Experten vorhanden sind, fällt die Benennung der Sachverständigen durch die Partheien hinweg, und da kann auch eine einzige Person z. B. ein Gerichtsarzt kann als Sachverständiger genügen, weil sie kraft eines öffentlichen Amtes handelt, auch das Richteramt in erster Instanz einer einzigen Person anvertraut seyn kann, und gegen den Ausspruch der Experten eine Art von Rechtsmittel (§. 4. N. 7.) statt findet. Ausser diesem Falle werden Sachverständige (Num. 4.) in der Regel von beiden Theilen in gleicher Anzahl vorgeschlagen, wozu der Richter eben so viele Personen, als eine jede Parthei, ernennt. Hievon liegt der Grund theils in der Voraussetzung, jede Parthei werde ein ihr gewogenes Subjekt benennen, wobei nur die Beiordnung eines minder partheiischen Dritten durch den Richter das Gleichgewicht herstellen kann, theils in der Nothwendigkeit, im Falle differenter Meinungen unter den Experten leichter eine entschiedene Majorität für eine Meinung zu erhalten. Uebrigens haben vormals die Praktiker den Satz: *Judici fit probatio* mit einer unnatürlichen Strenge ein-

gehalten, und die Willkür der Partheien im Beweise weit über die nothwendige Grenze beschränkt. Wie sie folgend dem Axiom: *testi injurato non creditur*, den Partheien das Recht absprachen, den Zeugeneid ohne Einwilligung des Richters nachzulassen oder beiderseits das Recht von der Aussage eines einzigen Zeugen abhängig zu machen, eben so thaten sie es bei den Sachverständigen: als ob nicht ein Theil dem andern durch Zugeständniß den ganzen Beweis ersparen, oder sogar den Haupteid nachlassen dürfte! Das Recht der Partheien ist abhängig von ihrem Beweise, folglich kein Grund vorhanden, in Ansehung der Experten die Partheien in dem zu beschränken, was sie im Einverständniß oft zur Kostensparung oft zur grösseren Sicherheit des Rechts für zweckmässig halten. Auf dieser Ansicht ruhen die übrigen Vorschläge.

§. 3.

Verfahren bei Einnehmung des Augenscheins.

Neben den Punkten, welche zur Vorbereitung des wirklichen Augenscheins (Num. 1. u. 2.) gehören, kommt es hauptsächlich darauf an, die Momente genau zu bestimmen, auf welche bei Einnehmung des Augenscheins die Aufmerksamkeit gerichtet seyn muß, denn

hievon hängt oft dessen ganzer Erfolg ab. Den Partheien, welche mit der Sache selbst am vertrautesten sind, muß die Befugniss bleiben, die Augenscheinspunkte nach ihrer Intention anzugeben, immer aber ist es Pflicht des Richters, besonders wenn er Experten beziehet, diese, jedoch in Anwesenheit der Partheien und fern von aller Heimlichkeit, über die Fragen, worauf es ankommt, und über die Umstände, auf welche Rücksicht zu nehmen ist, nach Anleitung der Akten zu instruiren, wodurch aber den Experten keine Schranken gesetzt sind, denselben vielmehr überlassen bleibt, alle jene Punkte, Merkmale und Wahrnehmungen auszuheben, von welchen sie nach den Regeln ihrer Kunst einen Einfluß auf Entscheidung der Sache voraussehen. In diesem Geiste sind die Punkte 3 — 6. vorgezeichnet. Höchste Genauigkeit bei Einnehmung des Augenscheins und höchste Vollständigkeit und Klarheit in aktenmässiger Aufzeichnung des Befundes sind die Rücksichten, welche stets eingehalten werden müssen. Oft vergessen Richter und Sachverständige, daß sie nicht blos für ihre Person und zum Behuf ihres Urtheils den Augenschein einnehmen, daß der Befund und die wahrgenommenen Merkmale genau aufgezeichnet und so deut-

lich beschrieben seyn müssen, damit auch in der höheren Instanz oder von anderen Sachverständigen die Sache eben so richtig beurtheilt werden kann, als ob die höheren Richter oder Experten den Augenschein selbst vorgenommen hätten. Die klare, versinnlichende Beschreibung des Befundes ist zuweilen mit vielen Schwierigkeiten verbunden. Hierauf beruhen die Num. 7 — 11. gegebenen Vorschriften.

Von der Regel, daß der Augenschein in Gegenwart des Richters und der Partheien vorgenommen werde, sind nach Schneiders schöner Bemerkung *) jene Fälle auszunehmen, wo es die Natur des Gegenstands aus anderen Rücksichten nicht erlaubt. Insbesondere gehört dahin die Untersuchung einer Weibsperson über ihre Schwangerschaft oder Niederkunft, ferner wenn der Arzt den Gemüthszustand eines Menschen durch vertrauliche Unterredung mit demselben prüfen soll.

Auch bei Einnehmung eines Augenscheins können Fehler oder Irrthümer begangen werden; einestheils wäre es ungerecht, den Partheien hierüber die Rechtsvertheidigung abzu-

*) a. a. O. §. 571.

schneiden, anderntheils zweckwidrig, die Anfechtung des Augenscheins zu jeder Zeit und ohne Einschränkung auf einen kurzen Termin zuzulassen. Der Vorschlag N. 12. gleicht beide Rücksichten aus.

§. 4.

Parere der Sachverständigen.

Das Parere der Sachverständigen ist eine Entscheidung über jene Theile des Faktums bei einem Rechtsstreite, welche wegen ihrer technischen Eigenschaft vom Richter nicht beurtheilt werden können. Wie nun die Richter, wenn deren mehrere sind, sich miteinander berathschlagen und sich die Gründe wechselweis in Diskussionen mittheilen, wie sie ihr Urtheil mit Entscheidungsgründen versehen müssen, eben so tritt dieses (N. 1.) bei Experten ein. Uebrigens kommt es bei ihrem Urtheil auf den Unterschied an, ob sie die Quantität oder Qualität beurtheilen sollen, bei Quantitäten (N. 2.) entscheidet nicht die Stimmenmehrheit, sondern es wird von allen Schätzungen die mittlere Summe (N. 8.) angenommen. Bei allen anderen Beurtheilungen aber (N. 3.) entscheidet unter ihnen, nach der Analogie der richterlichen Kollegialverfassung, die Stimmenmehrheit. Indessen mußte auch der

leicht mögliche Fall, daß von drei Sachverständigen Jeder eine besondere Meinung hat, also keine Majorität vorhanden ist, bestimmt werden; es bleibt nichts übrig, als die Sache anderen Experten (N. 4.) vorzulegen, und dieses Mittel hielt ich für besser, als eine Adjunktion einiger Experten, weil jene, die an der ersten Beurtheilung Theil hatten, den Verdacht einer vorgefaßten Meinung gegen sich haben. Das Parere (N. 5.) kann als Theil und Basis des richterlichen Erkenntnisses den Partheien nicht vorenthalten werden, und diesen muß sowohl gegen Schätzungen als andere Beurtheilungen das Recht der Impugnation zustehen, welches nach der Analogie von Rechtsmitteln gegen richterliche Erkenntnisse (N. 6. u. 7.) doch mit der Beschränkung zu bemessen war, daß nur eine Anfechtung zugelassen wurde. Uebrigens habe ich schon an einem andern Orte *) bewiesen, daß sogar nach positivem Recht der Ausspruch der Experten nach Stimmenmehrheit oder bei Schätzungen nach

*) Handb. B. II. Abh. XLV. §. 13 — 17. vergl. C. 1. D. de inspiciend. ventre L. 17. §. ult. L. 18. und L. 27. de arbitris. Grolman Theorie des gerichtl. Verf. §. 84. Schneider a. a. O. in den Anmerkungen N. XLI. u. XLII.

der mittlern Summe vom Richter als Wahrheit (N. 9.) angesehen werden müsse, und daß es ihm, dem die Gesetze die Fähigkeit absprechen, technische Gegenstände zu beurtheilen, noch weniger zustehen könne, die Gründe der Sachverständigen zu prüfen und jener Meinung beizufallen, welche er für die beste hält.

Sechstes Kapitel.

Von Urkunden.

§. 1.

Edition der Urkunden.

Bei dem Urkundenbeweise *) machte ich den Anfang mit den Bestimmungen über Edition der Urkunden, wenn sie sich nicht in den Händen des Beweisführers befinden, weil diese ein Vorbereitungs- oder Inzidentpunkt in diesem Beweisverfahren ist. Aus Veranlassung einiger bekannten Fragmente des römischen Rechts ward die Meinung **) herrschend, der

*) Nebst Schneider und den Schriften über Civilrecht zum Titel de fide instrumentorum vergl. mein Handb. B. II. Abh. XLVI.

**) Thibaut Pandektenrecht §. 1270.

Kläger sey dem Beklagten zur Vorlage aller diesen Prozeß und den Beweis betreffenden Urkunden verpflichtet, dagegen der Beklagte von dieser Vorlage frei, ausgenommen wenn der Fiskus Kläger ist, oder, wenn der Kläger (nach Meinung einiger Rechtslehrer) die Edition zur Entkräftung der Einreden des Beklagten verlangt. Andere Rechtslehrer *) hatten diese Ausnahmen noch sehr vermehrt, bis Manso **) endlich die ganze Regel angegriffen, zwischen der Edition zur *Anstellung* und zum *Beweise* der Klage unterschieden, und den Beklagten zu der letzten eben so unbedingt wie den Kläger für verbunden erklärt hat, wodurch denn jener Unterschied bei der Anwendung ganz verschwindet. Eben so bestritten war die Editionsverbindlichkeit dritter Personen ***). Hier gilt es der Legislation,

*) Hofacker princ. Iur. R. G. Tom. III. §. 4472. Leyser spec. 38. cor. 2.

**) Manso Diss. reus ab editione instrumentorum non immunis Jen. 1788. Dagegen Kossel de causis obligationis ad edend. instr. Gött. 1796.

***) v. Almendingen Abh. in Grolmans Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts N. 1. 7. und II. 3.

welche nicht durch Meinungen der Rechtslehrer sondern nur durch Grundsätze geleitet werden darf.

Da die Edition einer Urkunde nicht auf die Extradition derselben in den Besitz eines Andern, sondern nur auf die Mittheilung derselben zum Behufe des Beweises abzielt, so kann das Eigenthum oder Miteigenthum eines Dokuments über die Edition nur in soferne entscheiden, als der Eigenthümer in allen Fällen und ohne alle Weitläufigkeit von Jedem (N. 1.) die Edition fordern kann, der ein ihm gehöriges Dokument in Händen hat; man würde demnach sehr irren, wenn man unter einer *gemeinschaftlichen* Urkunde diejenige verstehen wollte, woran dem Andern das Miteigenthum zusteht, vielmehr ist jede Urkunde als gemeinschaftlich anzusehen, welche über das Rechtsverhältniß des Produzenten (mit Einschluß der Personen, von welchen er als Erbe, Legatar, Cessionar, Mandant u. d. sein Recht ableitet) zu andern Personen gefertigt worden. Am Schuldbrief hat gewiß der Schuldner kein Miteigenthum, und dennoch ist er eine, zwischen ihm und seinem Gläubiger gemeinschaftliche Urkunde, eben dieses tritt ein bei dem Handelsbuche, bei Bilateralkontrakten

wenn dem einen Kontrahenten das ihm zugestellte Exemplar ab Handen kam, bei Testamenten, bei Korrespondenzen, wo sich über ein durch diesen Weg zustande gekommenes Geschäft die Briefe des Einen auf die Briefe des Andern beziehen *). Das unbeschränkte Recht, von Jedem, zu jeder Zeit die Edition einer gemeinschaftlichen Urkunde zu verlangen, ist durch diesen Begriff und den Zweck, welcher einer solchen Urkunde ihre Entstehung gab, von selbst gerechtfertiget.

In Ansehung der Editionsverbindlichkeit *unter den Partheien* (N. 2.) hielt ich den Unterschied, ob sie *ad instruendam actionem* oder *ad probationem* verlangt werde, für bedeutungslos, denn die Edition gehört, wie die Urkunde selbst, zum Beweise. Aber für den Beweis erkenne ich beide Theile, den Beklagten wie den Kläger, ohne Unterschied zur Edition verpflichtet, einerseits weil das Gesetz von beiden Theilen Wahrheit vor Gericht, also auch die Vorlage der Mittel, woraus nach Angabe des Gegentheils die Wahrheit erkannt werden kann, fordern muß, anderseits weil es Widerspruch seyn würde, wenn man demjenigen, von wel-

*) Schneider a. a. O. §. 286. u. 287.

chem ein Eid; und vor dem Eide die genaue Nachforschung nach allen Mitteln zu seiner Ueberzeugung gefordert werden kann, die Verweigerung jener Mittel, woraus die Wahrheit ohne Eid zu erkennen ist, gestatten und eine Weigerung begünstigen wollte, welche selbst jenen Eid verdächtig machte.

Die Verbindlichkeit eines *Dritten* zur Edition (N. 3.) kann nach der Analogie von der Verbindlichkeit zur Zeugschaft nicht bezweifelt werden, denn eben diese Edition stehet in der Reihe eines stillen Zeugnisses. Dieser Grundsatz schließt zugleich die Folge in sich, daß, wenn der Inhaber eines Dokuments in einem solchen Verhältnisse stehet, wegen dessen er das Zeugniß in der Sache verweigern darf, auch gegen ihn die Edition nicht erzwungen werden kann. Insbesondere muß das Gesetz den Dritten darin schonend behandeln, daß es seiner eidlichen Versicherung, er könne die Urkunde nicht ohne seinen Schaden vorlegen, Glauben beimißt, ohne von ihm die bestimmte Angabe der Gründe zu verlangen, woher der Schaden kommt, denn schon die nähere Angabe dieser Gründe würde ihm den Schaden wenigstens zum Theil verursachen, welcher ihn von der Edition befreit. Inzwischen ist

wiederholt zu bemerken, daß hier durchgehends eine Urkunde vorausgesetzt wird, deren Vorlage weder aus dem Grund des Eigenthums noch wegen der Eigenschaft eines gemeinschaftlichen Dokuments verlangt werden kann, denn in diesem Falle (N. 1.) ist die Verbindlichkeit zur Edition unbeschränkt.

Weil nun jede Edition zur Begünstigung des Beweises nicht anders rechtlich gefordert werden kann, als es ohne Schaden des Edenten geschieht, so war es nothwendig, die von manchen Gesetzbüchern gelassene Lücke durch einen Vorbehalt aller Rechte des Edenten (N. 8.) zu verbessern, dem zufolge der Schuldner, welcher auf die Zurückgabe des Schuldbriefes die Vermuthung des Nachlasses gründet, durch Vorlage des Dokuments an diesen Rechten nichts verliert. Die übrigen Bestimmungen (N. 4 — 7.) leuchten von selbst ein.

§. 2.

Was zum Beweise durch Urkunden überhaupt erfordert werde?

Die hier vorgeschlagenen Bestimmungen enthalten die Grundlage über Beweiskraft der Urkunden, an deren Spitze (N. 1. 2.) der Satz gestellt wurde, jede Urkunde müsse ganz, und,

wenn sich eine auf die andere beziehet, auch die bezogene Urkunde vorgelegt werden, soferne nicht deren Inhalt aus der beziehenden Urkunde oder auf andere Art dargethan werden kann. Nun folgen (N. 3.) die drei Gesichtspunkte, wornach die Beweiskraft einer Urkunde zu betrachten ist; ich weiche hierin von Schneider *) ab, welcher die zwei ersten allgemeinen Hauptsätze übersehen, die innere Beweiskraft eines Dokuments mit der äusseren vermischt und alles darauf zurückgeführt hat, daß eine vom Produkten herstammende Urkunde die Natur eines Eingeständnisses, die von einem Dritten herrührende Urkunde die Natur eines Zeugnisses habe, und aus den vom Produzenten selbst herrührenden Urkunden ein Beweis von ausserordentlicher Art entstehe. *Aechtheit* eines Dokuments (Authenticität) ist von dessen *Gültigkeit* wesentlich verschieden; eine Urkunde kann vom Erblasser eigenhändig geschrieben, daher *authentisch*, und dessen ungeachtet ungültig seyn, wenn ihr als Testament eine Solennität z. B. die erforderliche Zahl von Zeugen mangelt. Aber beide Stücke vereint machen eine Urkunde nur *tüchtig* zum Beweise; ob sie ihrem *Inhalt* nach den

*) a. a. O. §. 196.

Beweis *wirklich* herstellen, hängt von der verschiedenen Eigenschaft ab, in welcher der Aussteller eines Dokuments bei jedem Theile seines Inhalts zu betrachten ist; für die im Texte angeführten drei Eigenschaften als Geständniss oder als einseitig verbindliche Disposition, oder als Zeugniss, dient das Testament eines Vaters zum Beispiel, welches für die darin bestimmten Erbtheile oder Vermächtnisse als einseitig verbindende Disposition, für das Legatum debiti zugleich als Geständniss, für eine darin angeordnete Kollation als vollgültiges Zeugniss, dagegen für die Enterbungsursache nichts beweiset. Hieraus erhellet zugleich, wie oft die Beweiskraft einer Urkunde in dieser Beziehung von den Bestimmungen des Civilrechts abhängt, worüber die Normen über die Exceptio non numeratae dotis zum weiteren Beispiel dienen.

§. 3.

Ungültige Urkunden.

Urkunden können denjenigen, welcher als deren Urheber angegeben ist, wirklich zum Urheber, und dennoch wegen einer Ungültigkeit keine Beweiskraft haben; dieses zuerst (N. 1.) auszusprechen, war nothwendig, theils um den Unterschied zwischen Aechtheit und

Gültigkeit bemerklicher zu machen, theils um anzudeuten, daß bei wirklich ungültigen Urkunden ein Streit oder ein Verfahren zur Herstellung ihrer Aechtheit (Authenticität) zwecklos ist. Die Gründe der Ungültigkeit (N. 2.) gehen hervor entweder aus den Umständen ihrer Entstehung, wenn sie z. B. während der Minderjährigkeit oder aus Zwang oder Irrthum ausgestellt wurden, oder sie sind schon aus der bei dem Beweisantritt vorgelegten Abschrift selbst zu entnehmen, wenn z. B. ein Rechtsgeschäft dem Civilgesetzbuch gemäß nur durch eine bestimmte Art von Dokumenten bewiesen werden kann, und eine Urkunde zu dieser Art nicht gehört, oder sie können erst aus Einsicht des Originals selbst entnommen werden. Dieser Unterschied hat wichtigen Einfluß auf die Zeit und Handlung, in welcher die Ungültigkeitsgründe vorgetragen werden müssen. Einer besondern Bestimmung schien mir (N. 3.) die Unterlassung des Stempels zu bedürfen, da man beinahe überall das Stempelpapier antrifft; ich hielt für gerecht, daß man hievon die Gültigkeit einer Urkunde nicht abhängig macht, denn den Stempel kann man noch ersetzen, und nicht immer hat man bei Errichtung einer Urkunde das erforderliche Stempelpapier bei der Hand, auch ist es sehr
ver-

verzeihlich, wenn die Betheiligten in der Ungewissheit, ob sie jemals von einer Urkunde Gebrauch machen werden, die oft grossen Auslagen für den Stempel zu sparen suchen. Bei Urkunden, welche durch Veränderung an wesentlichen Stellen (mittelst Radiren, Einschalten, verschiedener Tinte u. d.) Kennzeichen ihrer Fälschung an sich tragen, giengen mehrere Gesetzbücher soweit, dafs sie dieselben für ganz ungültig und den Produkten von der Rekognition für frei erklärten. Allein dieses ist offenbar eine übertriebene Härte; man denke sich eine Urkunde, deren Unterschrift der Aussteller nicht ableugnen kann, welche aber den sichtbaren Fehler hat, dafs an den Zahlen eine Nulle in die Zahl 6 oder 9 verwandelt, oder dafs eine Negation ausradirt wurde, wobei jedoch ihr ursprünglicher Inhalt durch Sachverständige hergestellt oder sonst dargethan werden kann; sollte es nicht die Gerechtigkeit fordern, dafs diese Urkunde nach Wiederherstellung ihres ursprünglichen Inhalts auch ihre vorige Beweiskraft erlange? Schneider*) hat diesen Irrthum berichtigt, und ich folgte seiner Meinung.

*) a. a. O. §. 213.

§. 4.

Beweiskraft öffentlicher Urkunden.

Mit den öffentlichen Urkunden habe ich diejenigen verbunden, welche die Gesetze den öffentlichen Urkunden in einer höheren Beweiskraft gleich stellen müssen. Zu den öffentlichen Urkunden (N. 1 — 3.) gehören jene, welche a) von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person b) innerhalb der Grenzen ihres Amtes und zugleich c) in der, sowohl dem Gegenstand als der Handlung angemessenen Form ausgefertigt wurden. Diese drei Punkte müssen zugleich vorhanden seyn, und ein amtliches Zeugniß kann über eine Handlung, worüber ein Protokoll aufzunehmen war, nicht als öffentliche Urkunde zum Beweise gebraucht werden. Nicht bloß gerichtliche, sondern auch die von allen anderen öffentlichen Behörden herstammenden Urkunden sind öffentliche, und haben, jene drei Punkte vorausgesetzt, öffentlichen Glauben. Aus diesem Grunde müssen auch die *Pfarrmatrikel* über Geburten, Ehen, und Sterbfälle und die hieraus von den Pfarrämtern gefertigten Auszüge zu den öffentlichen Urkunden gerechnet werden. Ueber die Beweiskraft der Archival-

urkunden *) herrschen sonderbare und größtentheils irrige Meinungen. Einige Rechtslehrer wollten den öffentlichen Glauben der öffentlichen Archive auf alle darin aufbewahrte Urkunden *deswegen* erstrecken, weil die Archivare darauf verpflichtet seyen, keine Urkunde, die sie nicht für ächt erkennen, in das Archiv aufzunehmen; allein wer dieses behauptet, der hat von dem Geschäftsgang bei Archiven gar keine Kenntniss: der Archivar muß aufbewahren, was ihm von den Stellen an Akten zur Aufbewahrung übergeben wird, zur Prüfung der Aechtheit hat er keinen Beruf und bei Aktenbänden, welche aus vielen und verschiedenen Produkten bestehen, auch keine Zeit. Andere Rechtslehrer behaupten, als das andere Extrem, der Ort der Aufbewahrung könne die Beweiskraft nicht erhöhen, als ob nicht eben der Gang, den die Akten bis zur Aufbewahrung in öffentlichen Archiven und Registraturen nehmen, öfters den Beweis lieferte, daß ein Aktenstück unter öffentlichem Glauben entstanden sey. Die Wahrheit (N. 4.) leuchtet durch folgende Betrachtungen

*) Layritz *Observ. de auctoritate diplomatum ex archivo desumtorum* Altorf 1796. *Leyser* sp. 266. med. 2. *Schröter verm. jur. Abh.* II. B. S. 192.

ein: a) Wenn die in öffentlichen Archiven aufbewahrten Urkunden alle, nach der Geschäftsform ihrer Zeit abzumessenden Kennzeichen des öffentlichen Glaubens an sich tragen, wenn z. B. die Konzepte von dem Proponenten unterzeichnet, vom Dirigenten viduirt und von der Kanzlei mit dem Expeditionszeichen versehen sind, so sind sie selbst öffentliche Urkunden, und ihre Aufbewahrung in öffentlichen Archiven oder Registraturen, wo mit ihnen die Aktendesignationen u. dgl. übereinstimmen, erhöht ihre Glaubwürdigkeit als öffentlicher Dokumente, ohne Unterschied ihres Alters. Eben dieses gilt von den eingelaufenen mit dem Präsentatum und Nummern bezeichneten Produkten. b) Nun hat man aber in den vorigen Zeiten keine so genauen Geschäftsformen beobachtet, und in den älteren Akten findet man die Konzepte der Ausfertigungen oft ohne alle Begläubigungszeichen; hier entscheiden die beiden Momente vereint, Aufbewahrung in einem öffentlichen Archive und Alter, mit Rücksicht auf die Geschäftsform jener Zeit, aus welcher sich die Urkunde herschreibt, für ihre Glaubwürdigkeit. c) Auf gleiche Art haben in der Vorzeit Private, Korporationen, Stiftungen ihre Dokumente oder Abschriften derselben zur Sicherheit in

öffentliche Archive hinterlegt, ohne daß hierüber die näheren Umstände aufgezeichnet wären; auch hier ist Alter und Aufbewahrung unter öffentlichem Glauben insolange entscheidend für die Beweiskraft, bis entweder besondere Gründe der Unächtheit entgegenstehen, oder die erweisliche Veranlassung selbst, durch welche ein solches Dokument in Archive oder Registraturen kam, den Grund jener Glaubwürdigkeit aufhebt. Eben diese Betrachtungen entscheiden für die in Privatarchiven der Familien aufbewahrten alten Urkunden (N. 5.) hinsichtlich der Familienglieder unter sich. Daß eine von drei Zeugen unterschriebene Urkunde die Rechte eines gleichsam öffentlichen Dokuments nicht habe, leuchtet von selbst ein.

§. 5.

Beweiskraft der Privaturkunden.

§. 6.

Die Aechtheit ist nach der Unterschrift abzumessen.

Die Authenticität eines Privatdokuments (N. 1.) ist lediglich aus der Namensschrift zu bemessen, weil diese allgemein als das Kennzeichen der Einwilligung in das Unterzeichnete angenommen ist. Sollte das Civilgesetzbuch

bei gewissen Handlungen die Unterschrift allein nicht für hinreichend erklären, sondern fordern, daß der Aussteller des Dokuments dasselbe ganz (wie die eigenhändigen Testamente der Franzosen) oder zum Theil geschrieben habe, so gehört dieser Punkt zu der Gültigkeit (§. 3.) keineswegs aber zur Aechtheit einer Urkunde, weshalb hierüber etwas eigends zu sagen, nicht nothwendig war. In Beziehung auf Authenticität kann daher Niemand die Unterschrift anerkennen und den Inhalt ableugnen. Ausnahmen von dieser Regel sind (Num. 2.) der Mißbrauch eines Blanketts gegen den Willen des Ausstellers oder ein dabei untergelaufener Betrug; allein selbst diesen Ausnahmen mußte ich mittelst Hinweisung auf das Civilgesetzbuch rücksichtlich des dritten redlichen Besitzers eine Beschränkung beifügen. Das Civilgesetz muß meiner Ueberzeugung nach denjenigen, welcher ohne sein Verschulden Schaden litte, gegen den Andern, welchem ein obgleich geringes Versehen zur Last fällt, in Schutz nehmen, und den *altteutschen* Rechtssatz: *Hand muß Hand gewähren, oder: wo ich meinen Glauben verlohren habe, da muß ich ihn wieder suchen*, zur Belebung des Verkehrs fest halten. Wer freilich auf das Blankett selbst Geld herleiht, oder

sonst mit dem Inhaber des Blanketts ein Geschäft abschließt, und hernach das Blankett ausfüllt, dem mag die Einrede des mißbrauchten Blanketts entgegengesetzt werden, denn er mußte wissen, daß ein Blankett eine zu jenem Geschäfte hinreichende Spezialvollmacht nicht ist. Aber wenn er einen auf das Blankett geschriebenen Wechsel redlicher Weise an sich brachte, so kann der Aussteller des Blanketts sein übermässiges Vertrauen und sein Versehen zur Einrede auf Kosten des dritten redlichen Besitzers gewiß nicht geltend machen.

§. 7.

Beweis der Unterschrift.

Die Unterschrift als Thatsache muß, wenn sie bestritten wird, bewiesen, und dieser Beweis kann auf verschiedene Art hergestellt werden: a) durch Geständniß (N. 1.) wozu auch ein aussergerichtliches hinreicht, da für die zu erweisende Thatsache noch die Urkunde spricht, und auf jeden Fall dem Produkten der Gegenbeweis *) zusteht; aus demselben Grunde genügt die Anerkennung des Produkten in einem

*) Thibaut hat dieses im Pandektenrechte §. 1181. richtig bemerkt.

andern Prozesse, soferne nicht diese des Ungehorsams wegen für geschehen angenommen wurde, weil es in diesem Fall an der wahren Anerkennung mangelt, und die Folgen des Ungehorsams in einem Prozesse auf einen andern Rechtsstreit nicht erstreckt werden können. b) Durch Zeugen (N. 2.) sie mögen aus eigener Erfahrung das Faktum der Unterschrift bezeugen, oder als Instrumentszeugen ihre Unterschrift anerkennen, welches aber eidlich geschehen muß. c) Durch Vergleichung der Handschriften (N. 3.) welche jedoch niemals einen vollständigen Beweis weder für noch gegen die Aechtheit der Urkunden bewirkt, daher immer einen nothwendigen Eid veranlaßt: Die Bestimmung von Cedenten in N. 4. muß hier gestrichen werden, da hierüber das Nähere im Kapit. VIII. vom Eide §. 3. num. 7. bestimmt ist. d) Durch Eideszuschiebung (N. 5. 6.) wobei ich die Zurückschiebung des Eides zuzulassen und von der gemeinen Meinung, welche den Produkten unbedingt zum Diffessionseide verbindet, abzuweichen keinen Anstand nahm, denn in der Natur dieses Eides liegt kein Grund, warum er nicht zurückgeschoben werden kann, und dem Beweisführer ist es sogar vortheilhaft, wenn der Beweis von seiner Eidesleistung abhängt. Die Wir-

kung des Diffessionseides (N. 7.) ist nothwendig auf diese streitenden Theile beschränkt, daher kann eine eidlich abgeleugnete Urkunde in einem andern Streite gegen dritte Personen als Beweismittel gebraucht werden.

§. 8.

Von alten Urkunden.

Alte Urkunden, wenn sie auch nach der zum §. 4. gegebenen Erläuterung durch öffentlichen Glauben nicht unterstützt sind, verdienen stäts eine Begünstigung: wie wollte der Gesetzgeber bei ihnen den strengen Beweis des Urhebers fordern, da es ihres Alters wegen nicht möglich ist, hierüber den Beweis zu liefern, oder wie durfte er dagegen den Diffessionseid zulassen, den der Produkt leicht hin vom Nichtwissen schwören würde! Tragen Sie das Datum und andere hiemit harmonirende Kennzeichen ihres Alters an sich (Siegel, Pergament, Schriftzüge) worüber Archivar und Kenner der Diplomatik genau urtheilen können, so verdienen sie höhere Achtung und machen, im Fall ihrer Uebereinstimmung mit dem Besitzstand einen vollständigen, ausserdem aber einen unvollständigen, einen nothwendigen Eid begründenden Beweis. Dieser Eid ist nicht auf die Aechtheit

der Urkunde, sondern auf die Wahrheit der Thatsachen zu richten, welche durch die Urkunde bewiesen werden sollten.

§. 9.

Beweiskraft der Abschriften.

Es war bisher ein schädlicher Gebrauch, im Beweisverfahren bei Mittheilung der Urkunde den Termin zur Vorlage und Anerkennung oder Ableugnung derselben anzusetzen. In den wenigsten Fällen bedarf man der Vorlage des Originals, denn diese ist nur dann nothwendig, wenn der Gegentheil dessen Existenz oder Authenticität bestritten hat. Dafs nun in jenen Fällen, wo es auf Vorlage einer Urkunde ankommt, diese im Original geschehen müsse, und Abschriften nicht genügen, ist eine von selbst einleuchtende Regel. Ueber die hier aufgezählten Ausnahmen ist eine Rechtfertigung überflüssig.

§. 10.

Von verlohrnen Urkunden.

Viele Rechtslehrer lassen den Produzenten bei verlohrnen Urkunden unbedingt zum Eide über den Inhalt zu, sobald nur hergestellt ist, dafs das Original vorhanden war und dafs es zufällig (ohne Verschulden des

Produzenten) zu Grund oder verlohren gieng; allein dieses schien mir (N. 1. 2.) weder rechtlich noch erschöpfend. Gieng das Original durch eine widerrechtliche — es sey dolose oder kulpose — Handlung des Gegentheils zu Grund, so kann der Produzent durch die Schuld seines Gegners nichts an seinem Rechte verlohren, ich nahm also den Inhalt, so weit er aus einer Abschrift bekannt ist, für bewiesen an, ausserdem liess ich den Produzenten zur Beschwörung des Inhalts zu. Entstand aber der Verlust des Originals nicht durch Verschulden des Gegentheils, sondern durch Zufall, so konnte ich den Produzenten vom Beweise des Inhalts nicht lossprechen, denn ihn, nicht seinen Gegner, treffen die Folgen des Zufalls: er mag sich im Mangel anderer Mittel der Eidesdelation bedienen. Die Bestimmung (N. 3.) über den Beweis, daß ein Dokument existirt habe, soll dem Entwurf jener Staaten anpassen, worin schon nach dem Vorbild des preussischen Rechts das Gesetz bestehet, daß manche Rechtsgeschäfte von Wichtigkeit nicht anders, denn durch Urkunden, gültig abgeschlossen, folglich auch nur durch diese Urkunden bewiesen werden können; ist dann eine solche Urkunde verlohren oder zu Grund gegangen, so fordert die

Gerechtigkeit, zum Beweise, daß jenes Dokument existirt habe, alle Beweismittel, selbst die Eideszuschreibung zuzulassen.

§. 11.

Innere Beweiskraft der Urkunden.

Ist eine Urkunde gültig und authentisch, so ist sie zum Beweise tüchtig; aber der *wirkliche* Beweis durch diese Urkunde hängt vom *Inhalt* derselben, und selbst dieses nicht allein von dessen Uebereinstimmung mit dem Beweisthema ab, sondern auch von der Eigenschaft (§. 2.), in welcher der Aussteller bei derselben zu betrachten ist. Was nun die Beweiskraft des Inhalts angehet, so ist die allgemeine Vorschrift (N. 1.) sehr wichtig, daß eine Urkunde, wie sie (§. 2. num. 1.) vollständig vorgelegt werden muß, auch nur mit allen in derselben enthaltenen Einschränkungen und Bedingungen zum Beweise benützt werden kann, daher nicht bloß in den Punkten, welche dem Produzenten günstig sind (*in passibus utilibus*), sondern auch in jenen, welche für den Produzenten sprechen, im Beweise zu berücksichtigen ist. Dieses fordert die Natur der Sache, und schon das römische und kanonische Recht haben es anerkannt, in dem Axiom, Zeugen und Urkunden werden durch die Pro-

duktion für die streitenden Theile gemeinschaftliche Beweismittel. Hierdurch wird der bekannte Satz (N. 2.) daß eine Urkunde nicht für sondern nur gegen den Aussteller bewei- se, limitirt, ein Satz der an sich wahr ist, aber ohne jene Einschränkung zu offenbaren Ungerechtigkeiten führte, wie ich bereits bei der Lehre vom Geständniß (Kap. IV. §. 1. Seite 393. f.) gezeigt habe. Noch einer Beschränkung muß ich erwähnen, welche im Gesetze umgangen werden konnte, da sie ohnehin aus dem Begriffe eines gemeinschaftlichen Dokuments hervorgehet, aber eben deswegen in den Erläuterungen eine Stelle verdient. Oef- ters suchen Privatpersonen bei Geschäften, wel- che ihrer Natur nach nur die einseitige Aus- fertigung eines Dokumentes z. B. Cessions- oder Schuldbriefes fordern, ihre Rechte in dem Inhalt einer solchen Urkunde zu sichern, in- dem sie darin sich etwas vorbehalten, oder die vorigen Verbindlichkeiten für aufgehoben erklären. Solange dieses nur einseitig geschrie- ben, aber von dem andern Betheiligten nicht angenommen ist, gilt allerdings der Satz, die Urkunde bewei- se nur gegen den Aussteller, nicht für denselben; sobald aber der Andere diese Urkunde als den Beweis über sein Rechts- verhältniß zum Aussteller angenommen hat,

ist sie eine gemeinschaftliche Urkunde, welche dann ganz, auch mit den Punkten, welche dem Aussteller günstig sind, im Beweise berücksichtigt werden muß und als gemeinschaftliche Urkunde auch für den Aussteller beweiset. Man setze den Fall, Titius habe mit dem Caius öftere Darlehensverträge abgeschlossen, und in einem neueren Schuldbriefe, welchen der Darleiher angenommen hat, ausdrücklich ein älteres Anlehen als zurückbezahlt bemerkt, und nun wollten die Erben des Caius, welche die Urkunde über jenes ältere Anlehen finden, daraus den Titius belangen, und seinem Beweise der Zahlung aus dem neueren Schuldbriefe die Einrede entgegensetzen, daß er als eine vom Titius gefertigte Urkunde nur gegen den Aussteller, nicht aber für ihn beweise: dieses einzige Beispiel zeigt die Richtigkeit und Nothwendigkeit der jenem bekannten Rechtssatze beigefügten Einschränkung. Auch gegen dritte Personen können Urkunden zum Beweise gebraucht werden, und es ist nothwendig, hierüber etwas näheres (N. 3.) festzusetzen. Bei einseitigen Willenserklärungen ist die Wahrheit bald gefunden, aber bei zweiseitigen Handlungen war das Problem, wie man durch die Gesetzgebung die Rechte des Dritten gegen so viele

im Leben vorkommende Scheinverträge sicher stellen können, lange unaufgelöst. Der Schuldner soll ausgepfändet werden, und nun tritt auf einmal seine Gattin mit einem Dokumente auf, wodurch sie vor längerer Zeit als Eigenthümerin seiner Mobilien erklärt ist: unter solchen Machinationen erstirbt der Kredit, denn schon der Streit darüber, ob jener Kontrakt wahr oder simulirt sey, lähmt den Arm der Justiz: nur die Gesetzgebung kann vorbeugen und — Ehre, dem Ehre gebührt — das französische Civilrecht *) hat jenes grosse Problem glücklich gelöst, indem es den Urkunden gegen dritte Personen nur von dem Zeitpunkte an Beweiskraft zugestehet, wo sie ein gewisses Datum haben, das heisst, von welchem an es gewiß ist, daß der Urkunde keine Simulation zum Grunde liegt, daß sie nicht neueren Ursprungs ist, und derselben, nur um die Wahrheit zu verbergen, nicht ein älteres Datum unterstellt wurde. Dieses gewisse Datum haben a) die von einer öffentlichen Behörde ausgefertigten oder beglaubigten Urkunden vom Tage der Ausfertigung oder Beglaubigung an, Notarien werden als öffentliche Personen angesehen: b) Privaturkunden,

*) Code Civil de françois Art. 1328.

von dem Tage an, wo sie bei Gericht produziert wurden, oder wo der Unterzeichnete oder einer der Unterzeichneten gestorben ist, oder wo sie durch eine andere öffentliche Handlung z. B. bei der Obsignatur oder Inventur ausser Zweifel gesetzt worden sind.

Zur inneren Beweiskraft gehört die Frage, ob eine Urkunde, welche bloß die Schuld, aber nicht den Grund derselben (*causa debendi*) ausdrückt (*documentum indiscretum*) zum Beweise der Schuld hinreiche? Schon aus dem Standpunkt des positiven Rechts haben angesehene Rechtslehrer gegen die bekannte Verordnung des römischen Rechts manche Ausnahmen aufgestellt, worin die Anführung der *Causa debendi* nicht nothwendig seyn soll. Aus dem Standpunkt der Legislation fand ich keinen Grund, den Beweis der Schuld von der Anführung des Rechtstitels in der Urkunde abhängig zu machen. Drückt die Urkunde keinen Rechtstitel aus, so muß eine Schenkung vermuthet und das Geschäft solange als Schenkung beurtheilt werden, bis der Fordernde einen andern Rechtstitel der Schuld beweiset; daß aber eine Urkunde, worin sich Jemand zu einer bestimmten Schuld bekennt, diese Schuld nicht beweisen soll, weil der Rechts-

Rechtstitel nicht dabei stehet, ist eine unnatürliche und willkührliche Bestimmung. Selbst bei Wechseln sind die Gesetze nicht konsequent, wenn sie den Beisatz, „*Valuta oder Werth erhalten*“ zum Wechsel fordern, ohne zu verlangen, daß zugleich gesagt wird, worin die Valuta bestand, ob in Geld, ob in Waaren oder in Rechnung; dieser Beisatz hat wenigstens für die Nachklage eine Bedeutung, jene allgemein hingeworfene Formel, welche Kupferstecher und Lithographen schon im voraus den Wechselformularen einverleiben, ist eine durchaus leere, nichtssagende Formalität.

§. 12.

Beweis durch Handelsbücher.

Der eigentliche *Handel* im Grossen oder en Detail, welchen man nach Möser's schöner Bemerkung von der, tief unter der Ehre des Handwerks stehenden, *Krämerei* wohl unterscheiden muß, hat auf den Nationalreichtum einen so wichtigen Einfluß, und solche eigenthümliche Verhältnisse, daß er in vielen Punkten aus einem weit höheren Standpunkte, als dem eines Privatgeschäfts derjenigen aufgefaßt werden muß, welche ihn betreiben. Schon in dem Lande, worin ein Kaufmann domiziliert, hat er gleich anderen Bürgern, welche

ein Gewerbe öffentlich betreiben, einen öffentlichen bürgerlichen Stand, aber, wie sich der Handel in die Gränzen eines Landes nicht einschränkt, wie er der Welt angehört und sich ausbreitet über Meere nach allen Welttheilen, so hat auch der Kaufmann einen *öffentlichen weltbürgerlichen* Stand, der sich unverkennbar in den Wechseln ausspricht; der Wechsel eines Kaufmanns gleicht dem geprägten Gelde: wie dieses, wenn Schrot und Korn probhaltig ist, überall seinen Werth hat, eben so hat der Wechsel eines als solid bekannten Handelshauses seinen Werth auf allen grossen Handelsplätzen unserer civilisirten Welt. Die Legislation muß diesen Gesichtspunkt auffassen, ihre Bestimmungen nach dem Wesen und Gange des Handels abmessen, und über Handelsachen die Gesetze des Auslands berücksichtigen, um jede Difformität der Handelsgesetze, soviel möglich zu vermeiden.

Was nun die Handelsbücher *) insonderheit angehet, so hat man lange über den Grund ihrer Beweiskraft gestritten, weil man in den-

*) Ebeling über die Beweiskraft des Handelsbuches, Hamburg 1815.

selben als Ausnahme von der Regel einen Beweis für den Verfasser erblickte; der Grund ihrer Beweiskraft liegt in der Natur des Handels und in der Art, wie er jener Natur nach betrieben werden muß. Bei dem Handel ist es nach der Menge und Ausbreitung der Geschäfte nicht möglich, über jedes einzelne Geschäft förmliche Kontraktsurkunden, Empfangscheine und, soferne auf Kredit gehandelt wird, förmliche Schuldverschreibungen zu errichten. Von den fernsten Orten werden Waaren verschrieben, und eben dahin versendet; ein Theil der Geschäfte wird durch *Handelskorrespondenz* gemacht, aber diese allein reicht nicht zu. Höchste Pünktlichkeit und strengste Ordnung ist die Seele des Handels, und hiezu wird eine genaue getreue Aufzeichnung alles dessen, was in Handelsgeschäften vorkommt, erfordert, welche in eigenen Büchern geschieht, die man *Handelsbücher* nennt. *Handelsbriefe* und *Handelsbücher* sind also nach der Natur des Handelsverkehrs die eigentlichen Beweismittel über Handelsgeschäfte, und, wie die *Handelsbriefe* sich aufeinander beziehen, wie sie sich selbst durch die wechselseitige Korrespondenz kontrolliren, wie sie in ihrem Verbande *gemeinschaftliche Urkunden* (§. 1.) sind, eben so gilt dieses von *Handelsbüchern*,

denn jeder Kaufmann muß alles was seinen Handel angehet, es gereiche ihm oder dem andern zum Vortheil, aufzeichnen, die empfangenen Waaren, wie die versendeten, die erhaltenen Zahlungen wie die geleisteten, und in dieser Ansicht, daß die Handelsbücher nach der Natur des Handels gemeinschaftliche Urkunden sind, findet man bald, daß sie eigentlich nicht für den Verfasser beweisen. Aber eben diese Ansicht muß in allen Bestimmungen streng eingehalten werden, und es ist nicht zu verkennen, daß manche bisher willkürlich angenommene Ausdehnung jenes Vorzugs der Handelsbücher einer Beschränkung, manche fehlerhafte Bestimmung einer Berichtigung bedarf.

Die Gesetzgebung vermochte lange nicht, in das Wesen des Handelsverkehrs einzudringen, sie dachte nicht daran, daß Handelsbücher gemeinschaftliche Urkunden und, mit den Handelsbriefen verbunden, das Medium sind, worin sich der Handel, wie der Mensch in der Luft bewegt; sie beschränkte sich demnach darauf, den Widerspruch auszugleichen, daß eine Urkunde für den Aussteller beweise, und auf einige Bestimmungen über die formellen Bedingungen der Beweiskraft der Handels-

bücher. Erst Frankreichs Handelsgesetzbuch (et in hoste laudanda virtus) führte zur näheren Auflösung des Problems, indem es am Kaufmann sein öffentliches Leben in Handelsverhältnissen hervorhob, von dem Satze ausgieng, daß das ganze Gewissen des Kaufmanns in seinen Handelsbüchern liegen muß (la conscience d'un marchand doit être tout entiere dans ses livres) und nach diesem Gesichtspunkt, verbunden mit der Hinsicht auf die Behandlungsart kaufmännischer Geschäfte, seine Bestimmungen abmaß *). Dieses ist auch der Natur des Handels angemessen: der Gewinn ist *Privatsache* des Kaufmanns, seine *Geschäftsführung* ist Theil seines öffentlichen Lebens, über jenen mag er disponiren, diese hängt von seiner Willkühr nicht ab **). Unpartheiische Gelehrte lassen noch in unsern Tagen dem französischen Handelsgesetzbuch hinsichtlich seiner Bestimmungen über Handelsbücher Gerechtigkeit widerfahren ***) und

*) Code de Commerce Art. 8. 15. ff. Code Civil. Art. 1330.

**) Vergl. hierüber mein Archiv für die Gesetzgebung Band I. Heft 1.

***) Ebeling a. a. O. und die Leipz. Literaturzeitung 1815. Seite 1766.

mein Entwurf wird wegen Annäherung an dessen Vorschriften desto weniger Tadel finden, je weniger ich diesen unbedingt folgte, sondern von ihnen nur annahm, was die Natur des Handels forderte. Insbesondere vermied ich jene Strenge, womit der französische Handelskodex den Kaufmann verpflichtet, monatweise seine häuslichen Ausgaben in das Handelsbuch einzutragen, die empfangenen Handelsbriefe alljährlich einzubinden, und für seine abgeschickten Briefe ein Kopierbuch zu halten: denn einestheils gehören solche Bestimmungen, soweit sie muthwilligen Fallimenten vorbeugen sollen, dem Prozeßkodex nicht eigentlich an, anderntheils scheint es mir bedenklich, den teutschen Handelsstand mit allzugrosser Strenge zu behandeln.

Der Eingang dieses § räumt den Vorzug der Handelsbücher nur *berechtigten Handelsleuten* und *Fabrikanten* ein. Den *berechtigten Handelsleuten* sind *Krämer* und *Spekulant*en entgegengesetzt, und so gewiß jeder *Handelszweig*, wenn er als solcher betrieben wird, jeder Handel en gros oder en detail, er bestehe in Geld oder Waaren, es sey eigener oder Kommissions - oder Speditions - Handel gleiche Begünstigung verdient, eben so gewiß

sind die blossen Krämer und Spekulanten davon ausgeschlossen. Indessen ist es eine fruchtlose Bemühung, wenn man den Begriff eines Kaufmanns oder Fabrikanten erforschen oder gesetzlich aussprechen will. Nicht die Grösse der Geschäfte, sondern die Art ihrer kaufmännischen Betreibung, verbunden mit der öffentlichen Berechtigung, macht das wesentliche am Stande des Kaufmanns aus. Oft setzt ein Melber, ein Bierwirth, ein Koch, ein Tabakkrämer u. d. mehr Geld um, als ein Kaufmann, oft macht ein Privatmann mit Spekulationen grössere Geschäfte als ein Kaufmann, und dennoch hat keiner von allen diesen das Vorrecht eines Handelsbuchs, selbst wenn er mit gleicher Form und Pünktlichkeit Bücher über seine Geschäfte führt. Handelsrecht und Wechselfähigkeit (diese als Recht und Verbindlichkeit zugleich) müssen gleichen Schritt halten, zu beiden genügt die öffentliche Betreibung eines *Gewerbes*, nicht allein, sondern es wird dazu noch erfordert a) die *öffentliche Berechtigung* b) zur Betreibung des *Handels als Gewerbes*, daher giebt es um den Kaufmann vom Krämer oder unberechtigten Privatspekulanten zu unterscheiden, kein anderes Mittel, als wenn der Staat die Liste der berechtigten Handelsleute öffentlich bekannt macht. Eben so

verhält es sich mit *Fabrikanten*; vergebens sagt man, derjenige sey Fabrikant, der rohe Produkte, es sey in grösserer oder geringerer Ausdehnung, ohne vorherige bestimmte Bestellung in Vorrath verarbeitet, um das Verarbeitete im Grossen oder im Kleinen zu verkaufen. So wären alle Bierbrauer und Melber, selbst Schuhmacher, wie sie aus Mangel an bestellter Arbeit etwas im Vorrath verarbeiten, Bier - Mehl - oder Schuhfabrikanten, und das Handwerk gieng in Fabrikanten über! Auch hier wird *Berechtigung zur fabrikmässigen Betreibung* erfordert, und auch hier giebt es ausser der öffentlichen Liste der berechtigten Fabrikanten kein wahres Kennzeichen, welches möglich macht, daß sich der Bierbrauer zum Bierfabrikanten, der Schuhmacher zum Schuh- und Stiefelfabrikanten, der Gärtner zum Handelsgärtner auf eine öffentlich erkennbare und wirksame Art emporhebe. In *diesem Sinne* rede ich von Handelsbüchern der berechtigten Kaufleute und Fabrikanten, mit der Bemerkung, daß alle teutsche Regierungen in diesem Punkte noch sehr weit zurück sind, und daß die *öffentliche Bekanntmachung der mit Handels- und Wechselrecht versehenen Kaufleute und Fabrikanten samt deren Handelsfirmen* ein höchst dringendes Bedürfnis sey.

Von den Handelsbüchern (N. 1.) hat man bisher nicht dem Journal, sondern dem sogenannten *Hauptbuch* die Beweiskraft zugestanden, und wahrlich, die Gesetzgeber und Rechtsgelehrte sind durch den blendenden Namen *Hauptbuch* gewaltig irre geführt worden. Der Eintrag in dasselbe geschieht bei Handelsleuten nicht auf der Stelle, wie ein Geschäft vorgehet, sondern zuerst wird das Geschäft in das sogenannte Journal eingetragen, und dann, nach einiger Zeit, erfolgt die Uebertragung dessen, was das Journal enthält, in das *Hauptbuch*; also ist schon deshalb das sogenannte *Hauptbuch* nur ein Transsumt aus dem Journal, gefertigt in der Art, daß nach Personen, mit welchen man im Handelsverkehre steht, und zwar bei jeder besonders, ihr *Debet* und *Credit* (*Soll* und *Hat*) nach der Ordnung der Geschäfte einander gegenüber gesetzt ist, um bei jedem Handelsfreunde mit leichter Uebersicht sogleich die Bilance ziehen zu können. Wer wird aber, anstatt auf dem Original zu bestehen, dem Transsumte glauben? Also schon von dieser Seite ist es unrichtig, wenn man dem sogenannten *Hauptbuche* Beweiskraft beilegt. Aber die Sache hat noch eine andere höchst wichtige Seite! Der Eintrag in das Journal muß wegen Andrangs der

Geschäfte *sogleich*, wie ein Geschäft vorkommt, *Tag für Tag* geschehen, wie des Kaufmanns Verkehr täglich hin und her strömt: in dem Zeitpunkt *dieses* Eintrags siehet er noch keine Differenz vor, welche aus dem Geschäfte entstehen kann: da ist er umgeben von beobachtenden Gehülphen, da läßt selbst der Drang, womit der Eintrag auf der Stelle geschehen muß, zu Künsteleien, Drehungen, Betrügereien selten eine Zeit übrig. Bei dem sogenannten Hauptbuche verhält sich alles dieses anders: da schreibt der Kaufmann oder sein von ihm ganz abhängiger Buchhalter von allen unbeobachtet, da hat er Zeit und Gelegenheit zu künstlichen Drehungen, da stellt sich ihm das lästige Credit als ein Reiz vor Augen, dasselbe auf jede mögliche Art zu mindern. Der Kaufmann hat für sein Handelsbuch nur darum Glauben, weil nach der unentbehrlichen Pünktlichkeit und Ordnung sein Gewissen ganz in seinen Handelsbüchern liegen muß: das Gewissen spricht sich nur in den täglichen Handlungen aus, nur in jenem Buche, das ihn mit allen seinen Handlungen, so tageweise, wie sie vorgiengen, gleichsam im Schlafrocke darstellt, nicht aus jenem Buche, welches in veränderter künstlicher Gestalt seine Handlungen darstellt, nicht aus dem Buche, bei welchem sich der Kauf-

mann schon vorbedächtlich in die Staatskleidung geworfen hat. Darum sagt der Entwurf (lit. a.) „Nur das Journal kann zum Beweise gebraucht werden, das sogenannte Hauptbuch dient hiezu nicht weiter, als es mit dem Journale übereinstimmt“ der Nachsatz soll den Unterschied der vorigen Gesetzgebung darstellen, und das Hauptbuch, das eigentlich den Conto corrente jedes Handelsfreundes enthält, und woran man in Teutschland gewöhnt ist, nicht auf einmal ganz ausser Curs setzen. Hat es seine Beweiskraft nur durch Uebereinstimmung mit dem Journale, so werden die Kaufleute bald sich der überflüssigen Vorlage ihres nichtsbeweisenden sogenannten Hauptbuchs enthalten. Dieses Journal selbst muß aber (lit. b.) gegen Verfälschung im voraus gesichert seyn, wofür es kein Mittel ausser der hier vorgeschriebenen Staatskontrolle giebt. Manche Kaufleute in Teutschland werden über diese strenge Ordnung verschiedene Klage erheben, allerhand Bedenken vorbringen: allein ich muß es wiederholen, *nur der Gewinn ist Privatsache des Kaufmanns, seine Geschäftsführung gehört dem öffentlichen Zustand an, und Ordnung hat noch keinem Kaufmann geschadet.* Das Journal darf (lit. c.) keinen Verdacht der Unred-

lichkeit an sich tragen; dieses wäre aber, wenn darin leerer Raum gelassen würde, in welchem man nachher beliebige Einträge machen kann, wenn einzelne Blätter eingelegt würden u. dgl. Es muß ferner das Gewissen des Kaufmanns als solchen ganz darstellen, daher (lit. d.) die Aufzeichnung über alle seine Handelsgeschäfte enthalten, woraus Rechte und Verbindlichkeiten entstehen. Hierdurch ist zugleich dem Wahne vorgebeugt, als müßte der Kaufmann, der zugleich en detail verkauft, alle diese kleinen Verkäufe eintragen: denn über den gegen baare Zahlung geschehenen Handverkauf bleiben keine Rechte und Verbindlichkeiten übrig, also ist auch darüber ein Eintrag in das Handelsbuch nicht nothwendig. Endlich war noch (lit. e.) der Sprache zu erwähnen, in welcher das Handelsbuch geführt werden muß. Die jüdische Sprache ist stillschweigend ausgeschlossen, daher unnöthig, von Handelsbüchern der Juden besonders zu sprechen. Die bisherige Gesetzgebung hatte den grossen Fehler, daß sie die Beweiskraft der Handelsbücher nicht auf jene rechtmässige Grenzen beschränkte, welche der Grund ihrer Beweiskraft selbst in Ansehung des Objekts sowohl als des Subjekts vorzeichnet. Der Entwurf (N. 2.) schränkt diese Beweiskraft ein a)

auf Sachen, welche zu der berechtigten Handlung oder Fabrik gehören, weil bei andern Geschäften der Kaufmann nicht mehr in dieser Eigenschaft zu betrachten ist; doch sind Wechselgeschäfte darunter begriffen, weil der aktive und passive Wechselverkehr von der öffentlichen Berechtigung des Handels oder einer Fabrik untrennbar ist. b) Auf Handelsleute und Fabrikanten unter einander, denn nur diese bedürfen unter sich des Handelsbuchs und der Handelskorrespondenz als des Mittels zur Entstehung und zum Beweise ihrer Geschäfte. Will man Krämer und hinsichtlich der Brauereien, Wirthe als Personen beisetzen, gegen welche das Handelsbuch Beweiskraft hat, weil man diesen Waaren auf Kredit ohne Kontrakt oder Schuldbekennntniß abzugeben pflegt, und des Absatzes wegen abgeben muß, so widerspreche ich nicht, denn am Ende läuft es auf Eines hinaus, indem der Entwurf (N. 8.) gegen Personen, die weder Handel noch Fabrik treiben, den Handelsbüchern eine den Büchern der Handwerker gleiche Beweiskraft zugestehet, und einem Kaufmann oder Fabrikanten der im folgenden §. 15. N. 2. geforderte Beweis nicht schwer fallen kann. Darum ist auch die Frage: ob *Apotheker* das Vorrecht der Handelsbücher haben, sehr leicht beant-

wortet. Gegen andere Kaufleute und Fabrikanten bedürfen sie desselben schon wegen der Wechselfähigkeit, ohne welche sie ihre Waaren vom Ausland nicht wohl beziehen können, gegen andere Personen bedürfen sie dessen nicht, indem die Rezepte und Ordinationen, welche sie bis nach erfolgter Zahlung zurückhalten, den Beweis liefern oder gleich den Büchern der Handwerker unterstützen. Mit diesen Einschränkungen bewirken aber die Handelsbücher c) einen Beweis nicht nur über den *Betrag*, sondern auch über die *Existenz* eines Geschäftes, und hierin besteht ihr Vorzug vor den Büchern der Handwerker, welche nur den Betrag, nicht aber die Existenz der Verbindlichkeit beweisen. Inzwischen liegt hierin weder eine Uebertreibung noch eine Gefahr für den Gegentheil; denn die Beweiskraft, welche den Handelsbüchern zugestanden ist, schließt den Gegenbeweis, daß das Geschäft überhaupt nicht entstanden, daß die Waare gar nicht oder nicht in gehöriger Qualität und Quantität abgeliefert, oder daß ihr Preis übersetzt worden ist, keineswegs aus.

Den Handelsbüchern legt das französische Recht (Code Civil Art. 1330.) unter Kaufleuten die Kraft eines vollständigen Bewei-

ses bei; aber da ist auch das ganze System darauf berechnet, denn der Kaufmann *muss* neben dem Journale noch ein Buch der erhaltenen und ein Kopierbuch der abgesendeten Handelsbriefe halten (Code de Commerce Art. 8.) auch kann der Richter von Amtswegen beiden Theilen die Vorlage dieser drei Bücher auftragen, (C. d. C. Art. 15.) und wenn alles dieses von beiden Theilen vor Augen liegt, dann ist es rein unmöglich, dass noch ein Zweifel übrig bleibt, der einen Erfüllungseid nothwendig machte. Nun schien es mir bedenklich, die teutschen Handelsleute neben dem Journale auch noch zur Haltung der zwei Bücher für die Handelsbriefe zu verpflichten, ich musste also einen anderen Weg einschlagen, damit jener Eid, soviel möglich, entbehrlich gemacht, aber doch da zugelassen werden, wo er nothwendig ist. Dahin zielen nun die Vorschriften ab a) dass jedes Handelsbuch ein gemeinschaftliches Dokument, daher jeder Betheiligte befugt sey, dessen Vorlage zu verlangen (N. 3.) b) dass insoweit, als die beiderseitigen Journale, oder mit einem derselben die Handelsbriefe übereinstimmen, daraus ein vollständiger, keines Ergänzungseides bedürfender, Beweis entstehe (N. 4.) c) damit die Kopierbücher der abgesendeten Brie-

fe unter Handelsleuthen ohne Zwang auf anderem Wege allgemein in Uebung kommen, habe ich ihnen billig den Vorzug eingeräumt, daß dieselben insolange, bis die andere Parthei aus den erhaltenen Originalbriefen das Gegentheil beweiset, vollkommen ohne Eid beweisen. So entgeht der Kaufmann, der seine Handlung ganz in Ordnung hat, dem lästigen Ergänzungseid, so kann der Erbe ohne den leeren Kredulitätseid den Beweis durch das Handelsbuch führen, so kann das Gesetz ohne Inkonsequenz bei Falliten (N. 5.) die Beweiskraft ihres Handelsbuchs anerkennen, so werden die bisher allzufrequenten Ergänzungseide unter Handelsleuten selten, und in den wenigen Fällen wo jene Bestärkungsmittel mangeln, bleibt der Ergänzungseid aushülfsweise übrig.

Verschiedene Gesetzbücher schränken die Beweiskraft der Handelsbücher auf eine Zeit ein, und mit Grund, da die im Handel nöthige Ordnung keine allzulangen Termine verträgt; der Entwurf hat (N. 6.) hiefür nur gegen Inländer eine Beschränkung angenommen, theils weil im Verhältniß zu Ausländern wegen grösserer Entfernung und mancher Hindernisse in der Korrespondenz ein Termin leicht

leicht zu eng seyn würde, theils weil hierdurch die inländischen Handelsleute gegen Ausländer in Schaden versetzt werden könnten. Der Termin selbst ist auf ein Jahr und drei Monat festgesetzt, und ich habe über denselben nur folgendes zu bemerken: a) er beginnt zu laufen von dem Tage an, wo nach Handelssitte unter Kaufleuten die Rechnung über ihre Geschäfte geschlossen, und mittelst Conto corrente Abrechnung gepflogen wird, nicht also vom Tage eines jeden einzelnen Geschäftes; man kann hiefür das Kalenderjahr oder einen anderen Zeitpunkt wählen. Im Entwurf wollte ich der verschiedenen Handelssitte nicht vorgreifen, doch halte ich fürs Beste, wenn man den Schluss des Kalenderjahrs dafür annimmt, weil doch die meisten Abrechnungen solcher Art unter Handelsleuten in diesen Zeitpunkt fallen, und die der Gesetzgebung in einem solchen Gegenstand, wo es auf eine Verjährungszeit ankommt, willkührlicher handeln kann. b) Der Termin gilt dann für alle in diesem Kalenderjahre vorgekommenen Geschäfte; c) hat Einer die Berechnung anerkannt, und den Uebertrag seines Debet auf neue Rechnung verlangt, so hat der Termin auf diesen Posten keinen Einfluß, da er schon auf Anerkennung beruhet, und kei-

nes Beweises durch das Handelsbuch mehr bedarf; d) der Termin wirkt nur auf den Beweis einer Forderung durch das Handelsbuch allein, keineswegs also auf den Beweis, der sich durch die Handelsbriefe des Produkten oder auf andere Art herstellen läßt. Die Bestimmung (N. 7.) über Personen, welche auf einige Zeit die Wechselfähigkeit erlangt haben, und, ohne fortdauernde Berechtigung zum Handel öffentlich ein Handelsgeschäft unternehmen, wird vorzüglich bei Lieferanten oder bei ausgebreiteten Spekulationen zur Anwendung kommen. Weil endlich (N. 9.) Kaufleute und Fabrikanten, welche zugleich en detail verkaufen, öfters in den Fall kommen, daß sie, um ihre Waaren abzusetzen, auch anderen Personen ausser den Handelsleuten und Fabrikanten Kredit geben müssen, und, ohne den Anstand zu verletzen, oder sich zu schaden, einen Schuldschein über die abgegebene Waaren nicht verlangen können, so ist es billig, daß auch hierin den Handelsbüchern einiger Vorzug zugestanden werde. Zwar können sie nicht auf denselben Vorzug, der bei Handelsleuten unter einander statt findet, Anspruch machen, weil die Mittel mangeln, den Beweis des Handelsbuches theils durch die Handelskorrespondenz theils durch das gegentheilige Handels-

buch zu kontrolliren; und weil streng genommen der kreditirende Kaufmann von solchen Privatkäufern eine Verschreibung oder wenigstens die Unterschrift seines Handelsbuchs fordern könnte; dessen ungeachtet verdienen die Handelsbücher auch für diese Geschäfte einigen Vorzug, und ich glaube, den richtigen Mittelweg in der Gleichstellung mit den Büchern der Handwerker gefunden zu haben.

§. 13. *Bücher der Handwerker.*

Bei vielen Handwerkern ist es der Fall, daß sie ihre Arbeiten nicht gleich bei der Ablieferung baar bezahlt erhalten, sondern Kredit geben müssen, daher für ihre Aufzeichnungen (*Kundenbücher*) nach der Analogie der Handelsbücher eines Vorzugs in der Beweiskraft um so mehr bedürfen, als sie nicht so, wie es bei Handelsleuten gewöhnlich der Fall ist, durch Briefe im Beweise unterstützt werden, sondern gewöhnlich ausser ihrem Kundenbuche kein Beweismittel haben. Auch die *Gastwirthe* befinden sich in der nämlichen Lage, und wenn sie auch als *Weinhändler* zu den berechtigten Handelsleuten gehören, so stehen sie doch in Ansehung ihrer *Gäste*, sie seyen einheimische oder fremde, nur im Ver-

hältniß eines *Wirths*, welches mehr die Natur eines *Gewerbes* denn des eigentlichen *Handels* an sich trägt. Von den Eigenheiten des *Kundenbuchs* (N. 1 — 4.) zeichne ich nur folgende Punkte aus: 1) die Aufzeichnung geschieht nicht so, wie es bei dem kaufmännischen Journale geschehen kann, nach Reihe der vorgekommenen Geschäfte, sondern in der Abtheilung nach Kunden, worin dann klar bemerkt seyn muß, wann etwas geliefert wurde, worin es bestand, und wie sein Preis ist. 2) Die Glaubwürdigkeit des Kundenbuchs erstreckt sich nicht bloß auf die *Arbeit*, sondern auch auf die *Materialien*, welche der Gewerbsmann dazu gegeben hat, sogar für fremde Arbeit und Waaren, welche derselbe zu der gelieferten Sache von Andern herbeigeschaft hat, z. B. wenn der Sattler zu einer Chaise Borten bei dem Bortenwirker und Eisen mit Arbeit bei dem Schlosser erkaufte und dem Besteller des Wagens mitgeliefert hat. 3) Handelsbücher beweisen nicht nur den Betrag, sondern auch die Existenz eines Handelsgeschäfts, Kundenbücher hingegen setzen den Beweis voraus, daß überhaupt an oder für den Produkten eine Lieferung von Arbeit oder Waaren geschehen sey, dann erst haben sie eine Beweiskraft hinsichtlich der Quantität an

gelieferter Arbeit samt Materiale und hinsichtlich des Preises; es ist aber hierbei das: „überhaupt“ nicht zu vergessen, denn der Handwerker ist keineswegs bei jedem einzelnen im Kundenbuche aufgezeichneten Posten zu dem Beweis verbunden, daß etwas geliefert wurde, sondern es genügt, wenn er überhaupt beweiset, daß er den Produkten Waaren oder Arbeit geliefert habe, oder, wie die Handwerker seyen, den Produkten in seiner Kundschaft hatte. 4) Die Kundenbücher machen immer nur einen unvollständigen, jedoch den Erfüllungseid begründeten Beweis, weil ihnen die Mittel zur Unterstützung des Beweises mangeln, welche bei Handelsbüchern zu Gebote stehen. 5) Uebrigens findet auch gegen einzelne Ansätze, besonders hinsichtlich des Quantums des gelieferten Materiale und dessen Preises, so wie des angesetzten Arbeitslohns der Gegenbeweis statt. Mit den Kundenbüchern haben die *Kerbhölzer* Verwandtschaft, diese also wurden hier (N. 5.) normirt.

§. 14.

Deservitenbücher der Advokaten und Aerzte.

Advokaten, Notarien, praktizirende Aerzte, Chirurgen und Hebammen (soferne sie zur Praxis öffentlich authorisirt sind, denn Pfu-

scher verdienen in keinem Fache eine gesetzliche Begünstigung) befinden sich gleichfalls in der Lage, daß sie für Andere vergeltliche Dienste leisten, ohne hierüber vorher kontrahiren oder den Beweis jedes einzelnen Dienstes sich verschaffen zu können. Ihre Aufzeichnungen innerhalb der Grenzen ihres Berufes haben daher dieselbe Beweiskraft, wie die Kundenbücher. Da sie schon vom Staate für die Ausübung ihres Amtes in Pflichten genommen sind, so vertritt bei ihnen eine Versicherung auf den bereits geleisteten Amtseid die Stelle des Erfüllungseides, übrigens findet gegen ihre Ansätze der Gegenbeweis eben so statt, wie es bei Handels- und Kundenbüchern bemerkt wurde. Ueberspannte Ansätze der Advokaten und Notarien unterliegen ohnehin der gerichtlichen Moderation.

§. 15.

Von Denkmälern.

Ausser den schriftlichen Urkunden (Dokumenten) giebt es noch andere *bleibende Kennzeichen*, wodurch entweder das Andenken einer vorübergehenden Begebenheit erhalten (Monumente) oder ein Recht selbst durch bestimmte Zeichen (Symbole) bezeichnet werden sollte, folglich auch jene Begebenheit oder dieses

Recht bewiesen werden kann. *Monumente* (N. 1.) aller Art, für welchen Zweck sie auch errichtet wurden, selbst wenn sie blosses Privatwerk waren, haben dieses für sich, daß sie unter den Augen der Zeitgenossen entstanden sind, und bei ihrer Entstehung an einen Gebrauch zum Beweise unter späteren Geschlechtern nicht gedacht wurde, diese beiden Momente leisten Gewährschaft für ihre Glaubwürdigkeit, daher bewirken sie, wenn sie nach den Regeln historischer Kritik als ächt unwerflich befunden werden, über ihren Inhalt einen vollständigen Beweis. Alle übrigen *Denkmäler*, als sichtbare Zeichen gewisser Rechte, müssen nach dem Unterschied zwischen öffentlichen und privaten beurtheilt werden. Unter *öffentlichen* (N. 2.) verstehe ich jene, welche unter öffentlicher Auktorität errichtet wurden in der Absicht, um den Beweis eines Rechts zu erhalten; hierunter gehören besonders die Grenz- oder Marksteine, sie mögen die Grenzen des Eigenthums, oder anderer Rechte z. B. der Jagd, des Zehents, der Gerichtsbarkeit u. d. bezeichnen, auch die Aichpfähle (so bitte ich den Druckfehler im Texte zu verbessern) zur Bestimmung der Wasserhöhe bei Schwellungen. Entsteht über dieselben ein Streit, so tritt Parere der Sach-

verständigen ein, über ihre Bedeutung entscheidet der Ortsgebrauch, weil sie als Zeichen die Stelle der Sprache vertreten. *Privatdenkmäler* hingegen (N. 3.) als diejenigen, auf deren Errichtung keine öffentliche Behörde eingewirkt hat, können ihr Ansehen nur auf die Einwilligung der Betheiligten gründen. Manche derselben dienen, wie sich bei vielen Dienstbarkeiten zeigt, selbst als das Mittel zur Ausübung eines Rechts. Bei einem sichtbaren und unzweideutigen Zeichen wird die Einwilligung vermuthet, denn wenn der andere Betheiligte nicht einwilligte, so mußte und konnte er widersprechen. Dafs (N. 4.) bei allen Denkmälern, sie seyen öffentliche oder private, die über deren Errichtung vorhandenen Urkunden bei Beurtheilung derselben zum Grund gelegt werden müssen, und von dem dermaligen Zustand des Denkmals den Vorzug haben, rechtfertigt sich bald, wenn man bedenkt, wie leicht durch Länge der Zeit, durch Zufälle oder Bosheit an solchen gewöhnlich im Freien stehenden Denkmälern eine Veränderung vorgehen kann.

§. 16 — 19. *Verfahren bei dem Urkundenbeweise.*

Das Verfahren ist durchaus nach jenen Rücksichten abgemessen, welche ich bei die-

sem Entwürfe über Verbindung der Beweise mit den Streithandlungen und über Vermeidung entbehrlicher Handlungen und Interlokute eingehalten und in den Motiven bereits hinreichend gerechtfertiget habe.

Siebentes Kapitel.
Von Zeugen.

§. 1.
Vom Zeugenbeweise überhaupt.

Bei dem Zeugenbeweise *) kommt zuerst (N. 1.) die Frage vor, in welchen Fällen Zeugen als Beweismittel gebraucht werden können. Im Entwurf wollte ich zwar keiner Civilgesetzgebung vorgreifen, welche die Prämissen zur Beantwortung jener Frage liefern muß; aber dennoch auf einen wichtigen Gegenstand der Legislation aufmerksam machen, den schon das preussische Landrecht, und neuerlich auch das französische Civilrecht wohl beachtet hat. Seitdem durch Erfindung unsers Papiers und

*) Nebst Schneider die Schriften über Civilrecht im Titel de testibus, und die Werke über Civilprozefs von Claproth, Danz, Grolmann und Martin.

durch bessere Unterrichtsanstalten die Schreibkunst sich auch im Volke verbreitet hat, können die Gesetze (wie das preussische Landrecht zeigt) vielen unnöthigen Prozessen vorbeugen, wenn sie die Gültigkeit mancher Rechtsgeschäfte von ihrem schriftlichen Abschlusse abhängig machen, und überhaupt gegen den Inhalt einer über ein Rechtsgeschäft errichteten Urkunde keinen Zeugenbeweis zulassen. Auf solche civilrechtliche Bestimmungen zielt der erste Satz ab, der freilich in Staaten, wo jene zweckmässige Normen nicht bestehen, ohne alle Bedeutung, daher lediglich auszustreichen ist. Der Satz (N. 2.) die Glaubwürdigkeit eines Zeugen hänge davon ab, daß er die Wahrheit sagen könne (Wissenschaft) und wolle (Wahrhaftigkeit) bedarf sowenig als die hieraus abgeleitete Folge (Num. 3.) einer Rechtfertigung, auch leuchtet der Unterschied zwischen unfähigen (N. 4.) und verdächtigen (N. 5.) Zeugen von selbst ein. Die Gründe der Unfähigkeit oder des Verdachtes sind entweder absolute, die von einem besonderen Verhältnisse zu einem Prozesse nicht abhängen, oder relative, die sich bloß auf ein solches besonderes Verhältniß entweder zu dem Streitgegenstand oder zu einem streitenden Theile beziehen.

§. 2.

Unfähige Zeugen.

Die Gründe, welche Jemanden zur Zeugenschaft unfähig oder als Zeuge verdächtig machen, beruhen sich entweder auf physischen oder auf moralischen Unvollkommenheiten *); über die physischen Ursachen kann es an einer festen Grundlage nicht mangeln, da Wir die Naturgesetze genug kennen, um sie auf die Glaubwürdigkeit eines Zeugen sicher anzuwenden; bei vielen moralischen Ursachen hingegen befindet sich der Gesetzgeber in einer Krisis, die ihn zwingt, die Menschen aufzufassen, wie sie im Durchschnitt sind, den Leidenschaften jenes Gewicht beizulegen, welches sie der Erfahrung nach bei gewöhnlichen Menschen haben, ohne auf jene edlen Menschen zu sehen, welche unter keinen Umständen und Verhältnissen der Wahrheit zum Schaden eines Dritten untreu würden; nur nach diesen allgemeinen Rücksichten darf das Gesetz bestimmen, welche Verhältnisse die Glaubwürdigkeit einer Person ganz aufheben oder schwächen.

*) v. Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit Th. I. Abschn. VII. hat hierüber treffliche Bemerkungen geliefert. Vergl. Hommel Rhaps. Vol. I. obs. 210.

Die *physischen* Gründe der Unfähigkeit (N. 1 — 4.) beziehen sich theils auf die Fähigkeit zur Wahrnehmung oder zur Aufbewahrung des wahrgenommenen im Gedächtnis, theils auf die Fähigkeit, das Wahrgenommene in der Art, wie es die Zeugschaft vor Gericht fordert, ordentlich zu reproduzieren.

Unter den *moralischen* Gründen hat man für jene, woraus eine *absolute* Unfähigkeit (Num. 3 — 7.) entsteht, einen festen Anhaltspunkt, aber bei den *relativen* zeigen sich viele Schwierigkeiten besonders über die Grenze zwischen Unfähigkeit und Verdacht. Dafs niemand in eigener Sache zeugen kann (Num. 8.) leuchtet von selbst ein, aber schon darüber, welche Ausdehnung diesem Satze zu geben sey, wird gestritten; ich habe unmittelbares Interesse zur Unfähigkeit, mittelbares zum Verdachte gerechnet, und bemerke hierüber, dafs ich nicht blofs Litidenunzianten, oder Denunzianten, Adcitaten, Intervenienten, Mitglieder einer Korporation oder Gemeinde, sondern auch alle jene, welche zur Leistung der Gewährschaft oder Entschädigung verbunden sind, also die Bürgen, die Cedenten, die Mandanten u. d. insoweit, als deren Interesse mit dem Ausgang des Prozesses verbunden ist, für

unmittelbar beth eiligt, folglich für unfähig halte. Wie weit die Verwandtschaft (N. 9.) die Glaubwürdigkeit ganz aufhebe oder nur vermindere, ist sehr problematisch. Die preussische Gerichtsordnung §. 228. dehnt die Unfähigkeit auf alle Verwandte in auf- und absteigender Linie, auf Geschwistriche und auf Verschwägerte in gleichem Grade, so wie auf Ehegatten und Verlobte aus, läßt aber ihre gerichtliche Vernehmung zur Erkundigung (pro informatione) zu, was in Anwendung auf die Verhandlungsmaxime dem höchsten Grade des Verdachts gegen einen Zeugen beinahe gleich kommt. Das römische Recht hat die Sache bei Eltern und Kindern von der väterlichen Gewalt, folglich mehr von dem unmittelbaren Interesse, als von der Verwandtschaft abhängig gemacht. Die baierische Gerichtsordnung führt Verwandte und Verschwägte ohne Unterschied des Grades nur als verdächtige Zeugen auf, der Verdacht steigt dann mit der Nähe der Verwandtschaft. Von legislativer Seite ist die Kontrovers weniger bedeutend, als es scheint. Dafs nahe Verwandte, besonders Eltern, Kinder und Ehegatten öfters am Ausgang des Streites ein Interesse haben, und dann ohnehin zum Zeugniß in eigener Sache nicht gelassen werden kön-

nen, daß sie auch in andern Sachen verdächtige, und zwar eben wegen Nähe der Verwandtschaft sehr verdächtige Zeugen sind, ist für sich klar, ihre Aussage entscheidet also im Prozesse sehr wenig; ob man nun sie für ungültige Zeugen erklären, jedoch ihre Vernehmung zur Information zulassen, oder ob man sie nur als verdächtige Zeugen erklären will, dieses läuft wegen des geringen Grades ihrer Glaubwürdigkeit beinahe auf Eines hinaus; weshalb man auch die Ehegatten aus der Reihe untüchtiger Zeugen unter die verdächtigen versetzen, oder zu den untüchtigen Zeugen auch die Eltern und Kinder*) stellen dürfte. Als Ausnahmen verstehen sich dann jene Fälle von selbst, in welchen die Gesetze der Aussage der Eltern z. B. bei dem Alter der Kinder besondere Beweiskraft beilegen.

Als untüchtig sind ferner (N. 10.) zu betrachten, diejenigen, welchen kraft eines öffentlichen Amtes Geheimnisse anvertraut werden, hinsichtlich jener Sachen, welche ihnen in dieser Eigenschaft eröffnet wurden. Von *Beichtvätern* ist dieses längst mit dem bekannten *Sigillo Confessionis* im kanonischen Rech

*) v. Globig Wahrscheinl. Seite 117.

te anerkannt, es gilt aber mit gleichem Grunde bei Aerzten, Chirurgen, Hebammen, Advokaten und andern dergleichen Personen. Konsulenten und Anwälte (N. 11.) sind auch ausser dem Falle eines öffentlichen Amtes untüchtig, desgleichen Personen, welche in einer Sache als Richter (N. 12.) geurtheilt haben, doch nur unter dem im Texte bemerkten Vorbehalt, der es zugleich andeutet, daß auch die vorher (Nr. 10. u. 11.) benannten Personen tüchtige Zeugen hinsichtlich derjenigen Thatfachen sind, welche ihnen nicht als Geheimnisse ihres Faches anvertraut, sondern von denselben auf andere Art wahrgenommen oder in Erfahrung gebracht wurden.

§. 3.

Verdächtige Zeugen.

Unter den hier aufgezählten Verdachtsgründen ist über Einige etwas zu bemerken. Personen, welche eines Verbrechens wegen (N. 2.) verurtheilt oder in Untersuchung sind, kommen in manchen Gesetzbüchern wenigstens während ihrer Strafzeit als Zeugschaftsunfähig vor; diese Bestimmung hat nicht nur keinen hinreichenden Grund für sich, sondern artet oft in Ungerechtigkeit gegen dritte Personen aus, wenn diesen eben keine andere Beweis-

mittel zu Geboth stehen. Bei nahen Verwandten (N. 4.) beschränken manche Gesetze den Verdacht auf das Zeugniß für den Anverwandten, und erklären die Aussage gegen ihn für vollgültig; allein bei der Verwandtschaft läßt sich jene Beschränkung nicht so, wie bei andern freundschaftlichen oder feindseligen Verhältnissen (N. 5.) rechtfertigen. Die Fälle, wo die Aussage verdächtiger Zeugen vollgültig wird, weil man die Wahrheit auf andere Weise nicht ausmitteln kann (N. 8.) sind nur nach Beschaffenheit der Sache und Umstände zu bemessen. Konnte man unverdächtige Zeugen beiziehen, so fällt der Grund einer gesetzlichen Begünstigung hinweg. Wie weit übrigens die hier aufgezählten Ursachen die Glaubwürdigkeit eines Zeugen schwächen, mußte (N. 9.) dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen werden.

§. 4.

Ungültige oder verdächtige Aussagen.

Die *persönliche* Glaubwürdigkeit eines Zeugen darf mit der Glaubwürdigkeit seiner *Aussage* nicht verwechselt werden, auch hat dieser Unterschied großes praktisches Interesse, weil die persönlichen Verdachtsgründe vor der Zeugenabhör von den Produkten vorgebracht

bracht werden müssen, die Verdachtsgründe der Aussage hingegen nur aus ihr selbst entnommen, daher nach der Eröffnung der Zeugnisse vorgebracht werden können, und sogar vom Richter ex officio berücksichtigt werden müssen.

§. 5.

Zwang zur Zeugschaft.

Die Ablegung einer gerichtlichen Zeugschaft ist auch in bürgerlichen Rechtssachen Staatsbürgerpflicht, von welcher nur wenige Personen (N. 2.) ausgenommen sind, zu welchen noch diejenigen, welchen die Zeugschaft zum eigenen Schaden gereichte, und in Voraussetzung dessen, was ich zum §. 2. num. 9. bemerkte, auch Ehegatten gehören. Wer ausser diesen Personen jene Pflicht nicht erfüllen will, wird durch stufenweise Zwangsmittel hiezu angehalten, und ist, wenn diese nichts fruchten, zum Ersatze des Schadens verbunden, der bis zum ganzen Objekte des Prozesses steigen kann, wenn der Produzent aus Mangel anderer Beweismittel den Prozess verlohren hat, weil dieser Verlust aus einer widerrechtlichen Weigerung in Erfüllung einer gesetzlichen Verbindlichkeit entstanden ist, auch kann derjenige, welcher gesetzwidrig die Ab-

legung eines Zeugnisses verweigerte, der Klage auf Entschädigung die Einrede nicht entgensetzen, daß er keine günstige Aussage für den Produzenten hätte machen können, denn nachdem der Produzent in Folge der widerrechtlich verweigerten Zeugenaussage den Prozeß verlohren hat, kann man jenes Vorgeben nicht mehr berücksichtigen.

§. 6.

Entschädigung der Zeugen.

Den Zeugen gebührt dagegen Entschädigung für dasjenige, was sie wegen der Zeugenschaft verlihren. Unbedingt findet dieses, wenn der Zeuge vom Vernehmungsorte entfernt wohnt, hinsichtlich der Reise und Zehrungskosten statt, denn sie sind des Zeugen baare Auslage: dagegen für Versäumnis habe ich nur jenen Personen Ersatz zugestanden, welche, weil sie weder Einkünfte noch Vermögen haben, durch Versäumnis der Arbeit an ihrem Unterhalte Schaden leiden.

§. 7.

Vollständiger oder unvollständiger Zeugenbeweis.

In wenigen Sätzen ist angedeutet, welcher Zeugenbeweis vollständig sey; daß jeder andere Zeugenbeweis, der nicht alle diese Ei-

genschaften an sich trägt, unvollständig sey, ist hierdurch ausgesprochen. Die Lehre von Singularität der Zeugen ist dem zehnten Kapitel §. 1. vorbehalten worden. Nach dem Beispiel des preussischen und österreichischen Prozeßkodex habe ich (N. 3.) der Aussage *eines* Zeugen, selbst wenn er an sich verdächtig wäre, die Kraft eines vollständigen Beweises in dem Falle zugestanden, wenn sich *beide* Theile auf seine Aussage allein, ohne Einrede oder Vorbehalt und ohne Zusatz eines andern Beweismittels, berufen haben. Der Gesetzgeber kann dieses als eine Art stillschweigenden Kompromisses ansehen. Hierdurch ist zugleich die streitige Frage, ob ein vorgeschlagener Zeuge vollkommen gegen den Produzenten beweise, verneinend entschieden.

§. 8.

Verfahren bei dem Zeugenbeweise.

1) *Beweisantrittung.*

Das Verfahren ist abgemessen nach dem Grundsatz, daß die Beweisverhandlungen mit der Prozeßinstruktion soviel möglich verbunden werden müssen. Hier begegnete ich in den *Beweisartikeln* einem Punkte, worüber die Praxis so viele Mißbräuche und Spitzfindigkeiten geheiligt hatte, daß daran wesentliche

Verbesserungen nothwendig waren. Bisher nämlich legte man auf die *Artikel* einen so hohen Werth, daß man glaubte, ein Zeuge könne nur über die *Artikel* vernommen, Fragstücke dürften nur zu den *Artikeln* gestellt werden. Auf diese Art war es einer schlaunen Parthei leicht, ihre Artikel auf Schrauben zu stellen, in den Artikeln über ungünstige und doch zum ganzen Faktum gehörige Umstände Lücken zu lassen, manches, was eigentlich zum Beweise gehörte, auf den Gegenbeweis hinüber zu wälzen, die Zeugen, deren Faden der Erzählung so vielmal unterbrochen wurde, als Artikel gestellt waren, bei der Vernehmung zu verwirren, mit abgerissenen Stücken die Unwahrheit zu bedecken; denn der Richter war wie der Produkte an die geschraubten Artikel gebunden. Ich gehe von einem ganz anderen einfachen Grundsatz aus: *Jeder Zeuge muß mit seiner ganzen Wissenschaft vom Streitgegenstand vorgeschlagen, und alles, was er darüber aussagt, muß ganz in Beweise berücksichtigt werden.* Der Zeuge gehört, wie schon die alte Praxis anerkennt, durch die Produktion beiden Theilen an, mit seiner ganzen Wissenschaft von der Streitsache, hieran kann keine schlaue Fassung der Artikel etwas abändern, und ein Produzent darf einen Zeugen, welcher

über das ganze Faktum aussagen kann, ebenso wenig nur über einige Umstände, als eine Urkunde nur in den ihm nützlichen Stellen produziren. Daher ist alles, was zum Beweisthema gehört, Gegenstand des Beweises durch jeden vorgeschlagenen Zeugen, und der Produkt hat eben soviel Recht als der Produzent, die Umstände anzugeben (dieser durch Artikel, jener durch Fragstücke) worüber er beweisende Aussagen vom Zeugen erwartet, er tritt hierdurch nicht in den Gegenbeweis über, solange er die Fragstücke nicht auf Umstände richtet, welche zum Beweise der Einreden gehören, wenn auch diese Fragstücke nicht auf die Artikel passen.

Nach dieser Ansicht sind mir 1) die Beweisartikel nicht für den Produzenten rücksichtlich der Fragstücke, nicht für den Richter bei Abhörnung des Zeugen, nicht für den Zeugen bei seiner Aussage bindend, sie sind nur eine *beiläufige Andeutung*, niemals aber eine *ausschliessende Bestimmung* jener Umstände, worüber ein Zeuge nach seiner Wissenschaft Zeugniß ablegen soll. Deshalb wurden 2) Beweisartikel nicht gefordert, sondern nur erlaubt, und das Wort "*besonders*" deutet an, daß der Zeuge hierüber nicht allein, sondern nur be-

sonders oder vorzüglich vernommen werden soll. 3) Dem gemäß kann der Produkt auch auf Umstände, worüber der Produzent keine Artikel übergeben hat, Fragstücke richten, soweit diese Umstände zum Beweisthema des Produzenten gehören. 4) Vom Richter fordere ich, daß er jedem Zeugen, ohne sich an den Umfang oder die Ordnung der Artikel zu binden, den Anlaß gebe, über alles, was ihm vom Streitgegenstand bekannt ist, in einer zusammenhängenden Erzählung aller Umstände sein Zeugniß abzulegen. In diese zusammenhängende Erzählung setze ich einen hohen Werth, denn kann auch zuweilen die Aussage eines Zeugen bestimmter seyn, wenn man ihm die einzelnen Umstände, aus welchen ein Faktum besteht, in einzelne Fragen zergliedert vorhält, so lehrt doch die Erfahrung, daß nur wenige Menschen bei einer Erzählung öftere Unterbrechung vertragen, daß die meisten hierdurch den Faden verlihren oder verwirrt werden, und daß auch in dieser Beziehung die Artikel ihrem Zwecke gewöhnlich entgegen arbeiten. 5) Ich lege der Zeugenaussage in allen zum Streitgegenstand gehörigen Umständen, auch über die Grenzen der Beweisartikel und selbst wenn sie sich auf Einreden beziehen, gleiches Gewicht bei.

Beweisartikel waren in der vorigen Legislation ein Feind der Wahrheit, zu deren Beförderung man sie erfunden hatte: der Entwurf setzt den Zeugenbeweis in seine natürliche Einfachheit und in seine Harmonie mit dem Beweise durch Geständniß und Urkunden wieder ein.

§. 9. 10.

2) Antwort auf die Beweisantretung 3) richterliche Verfügung.

Nach dieser Ansicht und nach dem Systeme, daß alle Präliminarhandlungen des Beweises mit den Streitverhandlungen verbunden werden sollen, sind die Bestimmungen in beiden Paragraphen abgemessen.

§. 11.

4) Vorladung der Zeugen und der Partheien.

Als Regel nahm ich an, daß die Zeugen bei jenem Gerichte, wo der Streit anhängig ist, vernommen werden sollen, weil dieses Gericht aus den bisherigen Verhandlungen den Zweck der Vernehmung am genauesten kennt, folglich die Vernehmung am besten leiten kann. Die beigefügten Ausnahmen rechtfertigen sich von selbst.

§. 12. 13. 14.

5) Vernehmung der Zeugen.

Der vormalige gemeine teutsche Prozeß und selbst noch die österreichische Gerichtsordnung fordert, daß im Produktionstermine der Produzent erscheine, und seine Zeugen dem Gerichte vorstelle; allein ich fand für diese auf veralteten Einrichtungen beruhende Formalität keinen Grund. Der Richter hat die Zeugen vorgeladen, der Produzent hat sie also von nun an weder herbeizuschaffen noch zu produziren, denn die Zeugen müssen auf Befehl des Richters erscheinen, und sich selbst produziren. Wie wollte man auch über Zeugenvernehmungen bei entfernten oft ausländischen Gerichten etwas konsequentes wegen dieser Produktion verordnen? Bei dem Urkundenbeweise verhält es sich anders, da hat der Beweisführer die Urkunde selbst vorzulegen, folglich im Produktionstermine eine wesentliche Handlung vorzunehmen, bei dem Zeugenbeweise aber tritt dieses nicht ein, und es widerstrebt der legislativen Klugheit, wenn man Formalitäten ohne Noth häuft, und einem Beweisführer, der vielleicht an das Erscheinen im Termine gar nicht denkt, weil er in demselben nichts zu verrichten hat, die Gefahr be-

reitet, einer Formalität wegen den ganzen Prozeß zu verlieren.

Die Formel des Zeugeneides habe ich umständlich angegeben; die Simplizität hat ihre Grenzen, und durch den Zeugeneid muß man auf viele Menschen wirken, welche an dem Aeusseren hängen. Hinsichtlich der Leistung des Zeugeneides selbst konnte ich auf die Solennitäten verweisen, welche im folgenden Kapitel über den Eid vorgeschrieben sind.

Aus dem Grundsatz, *Judici fit probatio*, leiteten manche Praktiker die sonderbare Folge ab, daß die Partheien den Zeugeneid nicht nachlassen könnten, weil ein unbeeidigter Zeuge keinen Glauben verdient. Allein diese Ansicht steht mit der Verhandlungsmaxime in einem Widerspruch: die Partheien können durch Unterlassung einer Einrede den verdächtigen Zeugen zu einem vollgültigen umschaffen, den Beweis selbst durch Zugeständniß entbehrlich machen, desto mehr also einem Zeugen den Eid nachlassen; doch ist dieses Ausnahme von der Regel, und fordert die Einwilligung *aller* Partheien.

Die allgemeinen Fragstücke müssen eben wegen ihrer allgemeinen Anwendbarkeit auf

alle Zeugen im Gesetzbuch bestimmt seyn. Rücksichtlich der Zeugenvernehmung habe ich durch die Vorschrift, daß die Zeugen jedesmal über die Artikel und besonderen Fragstücke vernommen werden sollen, der Verhandlungsmaxime Genügen gethan, dabei aber nicht vergessen, was ich der richterlichen Prozeßdirektion und der verbesserten Ansicht der Artikel schuldig war; die vorgeschlagenen Normen stellen beide Rücksichten in Harmonie.

Die Bedenklichkeiten, gegen die bisher gebräuchliche Zeugenvermehrung ohne Beiseyn der Partheien, welchen man im preussischen Prozeßkodex durch Zulassung der Anwälte bei dem Zeugenverhör begegnen wollte, entgingen meiner Aufmerksamkeit nicht. Der Richter, welcher bloß im Beiseyn des Aktuars die Zeugen verhört, hat durch die Art, wie er die Fragen an die Zeugen stellt, wie er ihre Antworten in das Protokoll legt, unverkennbar einen sehr grossen Einfluß auf den Beweis; aber auch die Anwesenheit der Partheien oder ihrer Anwälte kann auf die freie Aussage der Zeugen, auf Subornation anderer Zeugen u. dgl. schädlich einwirken, und die Prozeßkosten werden beträchtlich vermehrt, wenn die beiden Anwälte jedem Zeugenverhö-

re beiwohnen wollen. Diese Bedenklichkeiten halten sich wenigstens das Gleichgewicht, mir schien es daher räthlicher, die bisherige Vernehmung der Zeugen ohne Beiseyn der Partheien oder ihrer Anwälte beizubehalten, indem der Richter durch die Anwesenheit des Aktuars, durch das Gebot, das Protokoll den Zeugen vom Aktuar wörtlich vorlesen zu lassen, und durch die Publikation der Zeugenaussagen hinreichend kontrollirt ist, denn die Geheimhaltung der Aussage dauert nur bis zur Eröffnung derselben, jede Parthei kann also darüber: daß jede Aussage richtig im Vernehmungsprotokolle eingetragen ist, bei den Zeugen selbst Erkundigungen einziehen, und gegen jede Unrichtigkeit noch vor dem Endurtheil ihre Rechte verfolgen.

§. 15.

Von Vernehmung tauber, stummer, oder der Landessprache unkundiger Personen.

Den hier gegebenen, von selbst einleuchtenden Bestimmungen ist hinsichtlich solcher Personen, welche der Landessprache und des Schreibens nicht kundig sind, nur dieses beizusetzen, daß diese die in ihre Landessprache übersetzten Fragen, mündlich beantworten, ihre Aussage in ihrer Landessprache vom Doll-

metscher niedergeschrieben, sodann in die Gerichtssprache übersetzt, und beides zu den Akten genommen wird.

§. 16.

Schärfere Vorladung der nicht erschienenen Zeugen.

Das Ausbleiben einiger Zeugen kann eine Episode im Beweisverfahren veranlassen. Konform mit der über die Produktion gegebenen Bestimmung machte ich die weitere Einschreitung, ohne ein Anrufen abzuwarten, zur Sache des Richteramts. Die vorgeschlagenen Gradationen korrespondiren den über Zwang der Zeugen oben §. 5. enthaltenen Normen.

§. 17.

Publikation der Zeugenaussagen.

Die Zeugenrotel, womit bisher die Publikation der Zeugenaussagen geschah, sind eine sehr kostspielige und dennoch ganz entbehrliche Sache; sie bestanden in einer platten mechanischen Arbeit der Kanzlei, welche das Verhörsprotokoll mittelst Anreihung der Antworten aller Zeugen über jeden Artikel und jedes Fragestück für theures Geld umgeschrieben hat. Dieser Zeugenrotel mußte also hinwegfallen, und statt dessen lediglich von Eröffnung der Zeugenaussagen gesprochen werden. Diese

geschieht durch ein Dekret des Gerichts, und giebt den Partheien das Recht, die Vernehmungsprotokolle einzusehen, zu extrahiren, oder davon eine Abschrift zu verlangen.

Achtes Kapitel.

Vom Eide.

§. 1.

Begriff und Eintheilungen des Eides.

Nur wenige neuere Civilgesetzbücher handeln den theoretischen Theil vom Eide *) ab, mir schien es daher nothwendig, die allgemeinen Bestimmungen vom Eide in den Entwurf aufzunehmen, und den Begriff samt den Eintheilungen des Eides vor auszuschicken. Bei dem Begriffe des Eides habe ich die abstrakte Darstellung neuerer Philosophen, wie die veraltete Darstellung älterer Rechtsgelehrten vermieden, der Rächer der Unwahrheit und der Allwissende fanden also im Begriffe keinen Platz.

*) Man vergleiche hierüber die Werke der Civilisten und Kanonisten zum Titel de jurejurando, vorzüglich Malblank Traktat de jurejurando.

Der Eid ist (N. 1. 2.) entweder ein Versicherungseid (*promissorium*) oder ein Betheurungseid (*assertorium*). Aussergerichtliche Eidesleistungen (N. 3. 4.) müssen überhaupt verbothen seyn, damit eine so wichtige Handlung nicht profanirt werden kann; auch ist dieses Verbot das zuverlässigste Mittel, die Kontrovers über die Wirkungen des Eides bei ungültigen oder wenigstens unverbindlichen Geschäften gründlich zu heben.

Promissorische Eide kommen im Prozesse bei den Kationen (Buch I. Kap. III. §. 14.) vor, als Beweismittel kennt der Prozess nur assertorische Eide, und diese sind (N. 5.) von dreifacher Art: 1) *freiwilliger* Eid, welchen eine Parthei der andern statt des Beweises zuschiebt, 2) *nothwendiger* Eid, welchen der Richter einer Parthei bei unvollständigem Beweise aufträgt, 3) *gesetzlicher* Eid, durch welchen kraft besonderer gesetzlicher Verordnung eine Thatsache zu beweisen ist; dahin gehören eben jene Eide, über deren Klassifikation manche Rechtslehrer viele Mühe verschwendet haben, um sie entweder den freiwilligen oder nothwendigen Eiden anzureihen, als wenn dasjenige, was wissenschaftlich eine besondere Klasse ausmacht, in fremde Klassen eingeschaltet

werden könnte! Der Manifestationseid, die verschiedenen Schätzungseide (*Juramenta in litem*) gehören in diese Klasse. Wann diese Eide eintreten, wer sie leisten dürfe oder müsse, zu welchem Zwecke sie statt finden, dieses gehört dem Civilgesetzbuch an, worauf (§. 14.) verwiesen wurde.

Der bekannte Unterschied zwischen dem *Juramento veritatis* und *credulitatis*, oder besser nach der Sprache neuerer Juristen *) *de scientia* und *de ignorantia*, mußte gleichfalls hier angeführt werden, als eine Exposition des Grundsatzes: Jeder Schwörende muß einen Umstand mit jener Bestimmtheit behaupten, welche nach seiner Wissenschaft von der Sache möglich ist. Hat er nun von ihr bestimmte Kenntniß, wie sich ein Umstand wirklich verhält, so muß er (*de veritate sive scientia*) eben so bestimmt hierüber den Eid leisten; hat er aber diese bestimmte Kenntniß nicht, so beschwört er (*de credulitate sive ignorantia*) daß er nicht anders wisse. Ich habe die neueren Benennungen beider Eide angenommen, weil sie die Sache richtiger bezeichnen, aber bei dem Eide vom *Nichtwissen* die Zü-

*) Schneider vom rechtl. Beweise Abh. 65.

gel stärker, als gewöhnlich, angezogen. Das Nichtwissen allein erschöpft die Sache nicht, der Erbe befände sich bei dem blossen Nichtwissen sowohl, daß er, um den Eid de ignorantia bequem leisten zu können, sich vor aller Nachforschung wohl hüten würde. Wer den Eid vom Nichtwissen schwören will, der muß vorher allen Fleis auf Erforschung der Wahrheit angewendet haben, folglich muß auch der Gesetzgeber den Eid vom Nichtwissen hierauf besonders ausdehnen.

§. 2.

Wer Eides fähig sey?

Zuerst war die Eidesfähigkeit zu behandeln, physische oder moralische Ursachen bringen die Unfähigkeit hervor. Die erste Klasse rechtfertigt sich von selbst, und der folgende Paragraph N. 2. u. 3. zeigt, daß statt dieser Personen der Kurator oder Vormund den Eid leisten muß, wenn er von der Sache Wissenschaft hat. Die zweite Klasse begreift bürgerlich Todte und Meineidige, wohin auch diejenigen, welche wegen Meineids in Untersuchung sind, wenigstens solange gehören, bis sie ein lossprechendes Erkenntniß für sich haben. Hier begegnet man der Frage, welche Wirkungen aus der Eidesunfähigkeit einer Parthei
in

in Ansehung des freiwilligen Eides entstehen? Diese Frage erstreckt sich jedoch, wie dieses von selbst einleuchtet, auf jene Fälle nicht, wo statt des Eidesunfähigen ein Anderer z. B. der Kurator oder Erbe schwören kann. Man muß bei einem Eidesunfähigen entweder gar keinen Beweis durch den freiwilligen Eid verstaten, oder den Eidesunfähigen zum Eide zulassen, oder statt der Eidesdelation die eigene Eidesleistung des Gegentheils nach der Analogie der gesetzlichen Eide erlauben. Das erste ist widerrechtlich, denn es würde die Eidesunfähigkeit am unschuldigen Dritten bestrafen, dem im Mangel anderer Beweismittel auch noch das letzte Beweismittel entzogen wäre; das zweite ist widerrechtlich, denn das Gesetz kann einen Eidesunfähigen nicht zu dem deferirten Eide zulassen. Es bleibt also nur das dritte übrig, welches auch vollkommen rechtlich erscheint, sobald man erwägt, daß ich es auf den Fall beschränkt habe, wo es an anderen Beweismitteln mangelt, worüber die Gründe, warum es an anderen Beweismitteln mangelt, angegeben werden müssen. Unter diesen Voraussetzungen erhellet die Rechtlichkeit des Vorschlags a) aus der Nothwendigkeit, demjenigen zu helfen, der wegen Unvollkommenheiten des Gegners

sein Recht aus Mangel am Beweise verlieren würde: b) aus der Analogie von dem Juramento in litem, wo ebenfalls wegen Schuld des Gegners der Beweisführer durch seinen eigenen Eid beweiset: c) aus der Betrachtung, daß der Deferent im Fall einer Zurückschiebung ohnehin zum Eide kommt, und das Gesetz sehr konsequent ist, wenn es im Mangel anderer Beweise den Eid, welchen der Delat zu leisten unfähig ist, ipso jure für zurückgeschoben erklärt.

§. 3.

Wer den Eid zu leisten habe?

Die Regel, daß Jeder schwören muß, welchen der Streit für seine Person angehet, wenn er eidesfähig ist, bietet sich wohl von selbst dar, aber bei der Anwendung und bei den Ausnahmen begegnet man grossen Schwierigkeiten, deren Lösung eine Aufgabe für die Legislation ist. Bei den gemachten Vorschlägen diente mir grösstentheils die preussische Gerichtsordnung zum Vorbild; sie sind einfach und zweckmässig, daher einer besonderen Motivirung nicht bedürfend.

§. 4.

Wie der Eid zu leisten sey?

Ueber die Form, wie der Eid zu leisten sey, muß das Gesetzbuch bestimmte Vorschrif-

ten enthalten. Regel ist es, der Eid muß a) in Person, b) vor Gericht (Num. 1.) abgelegt werden. Da von der ersten Bestimmung keine Ausnahme gemacht ist, so versteht es sich von selbst, daß der Eid durch einen Bevollmächtigten nicht abgelegt werden könne. Diese Bestimmung aber machte nothwendig, auf entfernt wohnende Personen oder andere Verhinderungsursachen (N. 2.) besondere Rücksicht zu nehmen, damit sie ohne grosse Beschwerden den Eid in Person vor Gericht leisten können. Ueber die *Schwörungsformel*, welche mit der *Eidesformel* (§. 5.) nicht zu verwechseln ist, legte ich im Gesetzbuch (N. 3.) nur das Prinzip nieder, "der Eid wird durch Anrufung Gottes geleistet, die Formel dieser Anrufung und die hiermit verbundenen religiösen Ceremonien richten sich nach der Religion des Schwörenden." Mehr gehört nicht in das Gesetzbuch, und es stammet wohl nur aus der Idee einer Gerichtsordnung ab, wenn die Reichs-Kammergerichtsordnung die Solennitäten des Judeneids, und die preussische Gerichtsordnung eine Reihe von Formeln und Ceremonien für die Eide der Katholiken, Protestanten, Menonisten, Juden, Griechen, und Mohamedaner ausführlich vorschreibt. Die Gerichte bedürfen zwar genauer Vorschriften

über die Eidesleistungen nach Verschiedenheit der Konfessionen, aber sie sind reglementärer Natur, und ein Gegenstand besonderer Instruktionen, welche jedoch der Gleichförmigkeit wegen allen Gerichten gedruckt, zugestellt werden müssen.

Der Zeitpunkt, wo sich beide Theile im Schwörungstermine einfinden, schien mir zum Vergleichsversuche sehr günstig zu seyn, denn der Eine stehet in Gefahr, durch den Eid seines Gegners den ganzen Prozeß auf der Stelle zu verlieren, der andere stehet an dem Punkte einer Handlung, welcher viele Menschen aus psychologischen Ursachen gerne ausbeugen. Ich hielt daher die Vorschrift für zweckmässig, daß der Richter, wenn beide Theile erscheinen, zuerst den Vergleichsversuch anstelle. Ob beide Theile erscheinen, liefs auch ich dem Zufall über; denn würde man sie auf den Schwörungstermin zugleich zu einem neuen Versuch der Güte vorladen, so könnte hieraus leicht eine neue Verlängerung des Prozesses entstehen, wenn etwa nur der Schwörende erschienen ist, und dieser die Ansetzung eines Termins verlangt.

Der Kalumnieneid (*Juramentum malitiae*) welchen bisher der Deferent auf Verlangen

des Delaten zuerst schwören mußte, konnte ich in eine neue Legislation nicht übertragen *): er bildet mit dem Haupteide, welchen der Gegner gleich nach demselben ableget, einen fatalen Kontrast, und stellt das Gesetz als inkonsequent dar, indem es die Eideszuschreibung als Beweismittel anerkennt, und demjenigen einen Kalumnieneid abzwängen will, der sich eines erlaubten Beweismittels bedient. Ueberhaupt ist Vervielfältigung der Eide niemals gut.

Die Meineidsverwarnung (N. 6.) übertrage ich dem Richter, und lasse die Geistlichkeit aus dem Spiele. Das Gericht muß seine Würde ohne fremden Einfluß behaupten, doch ist dem Richter aufgetragen, diese Verwarnung nicht nach dem gemeinen Schlendrian, sondern auf eine feierliche und der Wichtigkeit des Eides angemessene, besonders nachdrückliche, und eben deßwegen nach den Verhält-

*) Schneider vom rechtl. Beweise Abh. 67. hat ihn gleichfalls aufgehoben; um dem Mißbrauch der Eideszuschreibung vorzubeugen, macht er besonders §. 371. den Vorschlag, den Deferenten in alle Prozeßkosten zu verurtheilen, wenn der Produkt den zugeschobenen Eid geleistet hat. Vergl. oben Buch I. Kap. III. §. 13.

nissen des Schwörenden eingerichtete Art vorzunehmen. Wollte man hiebei der Geistlichkeit einen Einfluss zugestehen, so würde ich rathen zu verordnen, daß jede Parthei, welche einen Haupteid schwören soll, vor dem Schwörungstermine ihrem ordentlichen Pfarrer die bevorstehende Eidesleistung eröffne, und von ihm des Meineids wegen verwahrt werde: worüber sie sich im Schwörungstermine mit einem Zeugniss des Pfarrers zu legitimiren hätte. Im Stillen kann der Seelsorger das Gewissen des Schwörenden besser ergründen, auch mehr auf dessen Moralität wirken, ihm vor dem Schwörungstermine noch manche Mittel und Wege zur Ausgleichung und zur Beseitigung des Eides anzeigen; im Schwörungstermine selbst verhält sich dieses anders: was da des Richters feierliche und nachdrückliche Verwarnung nicht leistet, das wird auch des Priesters Zureden nicht bewirken. Bei der Eidesleistung selbst (N. 8.) soll Feierlichkeit und Würde herrschen, unter Christen mag das Kruzifix mit brennenden Wachskerzen beibehalten werden; doch gehört alles dieses in das oben bemerkte Reglement.

§. 5.

Von der Eidesformel.

Durch den Eid soll die Wahrheit streitiger Thatsätze vor Gericht hergestellt werden, der Eid selbst muß also bestimmt auf jene Thatsachen gerichtet seyn, und die Formel, in welche jene Thatsätze eingekleidet sind, wird Eidesformel genannt. Im allgemeinen muß sie a) als Mittel zum Zwecke dem Beweisthema entsprechen, b) nach dem Verhältniß des Schwörenden und c) nach dessen Wissenschaft von der Sache abgemessen seyn. Bei dem ersten Erforderniß ist besondere Aufmerksamkeit nothwendig, damit in der Eidesformel keine wesentliche Umstände ausgelassen, keine unerheblichen angeführt, alle zu beschwörende Thatsätze kurz und bestimmt und doch zugleich so vorgetragen sind, daß weder durch unbefugte Zusätze von Nebenumständen dem Gewissen des Schwörenden ein Zwang angelegt, noch demselben zu einer Reservatio mentalis Anlaß gegeben werde. Die Rechte beider Partheien sind dabei sehr wesentlich verflochten, und denselben kommt die Befugniß zu, auch hierüber ihre Rechte zu vertheidigen; es kann daher über die Eidesformel ein Inzidentstreit entstehen, welchen der Richter zu entscheiden hat, dem es auch

zukommt nicht nur bei dem nothwendigen Eide im Urtheil die Thatsätze zu bestimmen, welche von einem Theile eidlich zu erhärten sind, sondern auch bei dem freiwilligen Eide die Eidesformel anzugeben, wenn die Partheien es unterlassen haben. Bei dem zugeschobenen Eide nimmt die Eidesformel im Falle der Zurückschiebung eine entgegengesetzte Richtung an, was der Delat bejahend hätte beschwören müssen, hat der Deferent verneinend zu beschwören. Bei dem Eide vom Nichtwissen hüte man sich, die Thatsätze verneinend auszudrücken, weil dieses die Sache einigermaßen unverständlich macht: die Formel: "daß er *nicht* wisse, daß der Erblasser den Kaufpreis *nicht* bezahlt habe" wird unter zehn Menschen kaum Einer, dagegen die Formel: "daß er nicht anders wisse, als daß der Erblasser den Kaufschilling bezahlt habe" gewiß Jeder verstehen.

§. 6.

Wirkungen des geleisteten, verweigerten oder nachgelassenen Eides.

Die wirkliche Eidesleistung (N. 1.), welcher der Nachlaß des Eides (N. 4.) gleich stehet, hat die Kraft eines vollständigen Beweises; auch findet wider den geleisteten Eid kein

Gegenbeweis (N. 2.) statt, wenn er nicht zugleich den Beweis des Meineides in sich faßt. Der Nachsatz, wieferne das nach geleistetem Eide erfolgte Urtheil wegen neu aufgefunder Beweise angefochten werden könne, hat im Buch IV. Kap. III. §. 4. seine nähere Bestimmung erhalten, weshalb hier dieser Nachsatz im N. 2. zu streichen, und lediglich auf die allegirte Bestimmung des vierten Buchs zu verweisen ist. Die Verweigerung des Eides (N. 3.) hat bei dem freiwilligen und nothwendigen Eide die Folge, daß der Rekusant sachfällig wird; bei dem gesetzlichen Eide richten sich die Folgen der Eidesverweigerung nach Verschiedenheit der Fälle und den Bestimmungen des Civilgesetzbuchs: so kann z. B. die Verweigerung des Manifestationseides den Gegentheile zum Schützungsseide berechtigen, und die Verweigerung des Schützungsseides zur Folge haben, daß der Schadensersatz nur nach der gemeinen Schätzung zuerkannt wird.

§. 7.

Wenn derjenige, der schwören sollte, vor der Eidesleistung stirbt.

Hier begegnete ich der unter den Rechtsgelehrten lang bestrittenen Frage, *ob der Tod statt des Eides gelte?* Gründe des positiven

Rechts und Meinungen der Rechtslehrer binden mich im Gebiete der Legislation nicht, und von den verschiedenen Meinungen hat mich keine befriediget. Insbesondere mußte ich bedenken, daß in einem Systeme, welches die präparatorischen Handlungen zum Beweise mit den Streitverhandlungen verbindet, die Annahme eines Eides dem Zeitpunkt der wirklichen Leistung oft lange vorhergeht, folglich keineswegs so bestimmt gesagt werden kann, der Acceptant sey *auf den Eid* gestorben, als wenn die Annahme des Eides dem Zeitpunkt seiner Leistung ganz nahe liegt, und in dieser kurzen Zwischenzeit der Tod erfolgt; ich mußte ferner bedenken, daß in eben diesem Systeme Fälle dieser Art weit häufiger vorkommen werden, als in einem Systeme, wo der Beweis einen eigenen Abschnitt des Prozesses bildet, und die bestimmte Erklärung, den Eid leisten zu wollen, von der Zeit seiner Leistung nicht weit entfernt ist.

Von Seite der Legislation kann man für den Tod als Surrogat des Eides anführen, daß ein Mensch von unbescholtenem Charakter, welcher den Eid mit Vorbedacht angenommen, und sich zu dessen Leistung bei Gericht erboten hat, aber vor der von ihm selbst nicht

verzögerten Ableistung, ohne seine Erklärung zu widerrufen verstorben ist, eben soviel Glauben verdiene, als ob er den Eid geleistet hätte, denn ein Sterbender, dem zeitliches Gut nichts mehr nützt, dem die Verantwortung des Unrechts vor dem Throne des Ewigen so nahe bevorstehet, befinde sich mit dem Schwörenden wenigstens auf einer Linie. Dagegen kann man nicht nur den bekannten Satz: "*non omnis moriens est Joannes Evangelista*" sondern was ich noch höher anschlage, die Betrachtung anführen, daß nicht jeder Sterbende in dem eigentlichen Sinne *auf den Eid* stirbt, wie dieses von einem zum Tode verurtheilten Verbrecher gilt, der schon bereit zum Tode sein Bekenntniß gegen die Mitschuldigen wiederholt, und in der That seine Aussage mit dem Tode besiegelt. Viele Menschen werden durch den Tod übereilt, die wenigsten denken in ihren letzten Lebenstagen an ihre Prozesse, und an die Eide, zu deren Leistung sie sich oft vor langer Zeit erboten haben, oft wird der Sterbende aus Schonung von jenen Personen, welche ihn in den letzten Lebensstunden umgeben, von der widrigen Erinnerung an seine Prozesse abgehalten; also ist in bürgerlichen Rechtssachen der Tod äusserst selten eine wahre Besieglung des Erbietens

zum Eide, und wenn man noch erwägt, wie oft schon der unbescholtenste Mann bei Gericht noch im letzten Momente vor der Leistung des mit gutem Vorbedacht angenommenen Eides davon zurückgetreten ist, so wird man wenig geneigt seyn, in bürgerlichen Rechtssachen den Tod als Surrogat des Eides anzunehmen. Auch bedürfen wir dessen im Civilprozeße nicht, da ja noch Erben da sind, welche auf jeden Fall nach hinreichender Nachforschung den Eid wenigstens vom Nichtwissen ablegen können. Diese Betrachtungen haben mich bestimmt, den Tod als Surrogat des Eides nicht anzunehmen, sondern einen ganz andern Weg einzuschlagen, und zwei Fälle zu unterscheiden: a) Gilt es entweder einem gesetzlichen Eide oder hat sich der Gegentheil widerrechtlicher Verzögerungen im Prozesse schuldig gemacht, so haben die Erben des Verstorbenen (N. 1.) das Recht, den Eid, welchen der Erblasser schwören sollte, nach dem Grade ihrer Wissenschaft zu leisten. Bei dem gesetzlichen Eide ist daran nicht zu zweifeln, weil derselbe weder zurückgeschoben noch dem Gegentheil übertragen werden kann; im Falle widerrechtlicher Verzögerung folgt diese Bestimmung aus dem Grundsatz, daß Niemand durch die Schuld des Gegners an seinen Rech-

ten Schaden leiden darf. b) Ausser diesen Fällen ist der eingetretene Tod ein Zufall, welcher nach allgemeinen Grundsätzen des Civilrechts demjenigen nichts nützen kann, in dessen Person er sich ergab, vielmehr den Anspruch des andern Theils auf Herstellung jenes rechtlichen Zustands begründet, worin sich die Streitsache befinden würde, wenn erst jetzt nach erfolgtem Tode vom Beweis durch Eid die Rede wäre. Der erfolgte Tod ist ein neuer unvorhergesehener Zufall, auf welchen nicht übertragen werden kann, was unter anderen ganz verschiedenen Umständen galt; vielmehr macht dieser Zufall eine neue, den jetzigen Verhältnissen angemessene Hülfe nothwendig. Wendet man diese civilrechtlichen, also auch im Civilprozeße gültigen Sätze auf den Eid an, so ergiebt sich bei dem *freiwilligen* zu- oder zurückgeschobenen Eide, daß der Gegentheil das Recht hat zu allen Handlungen, welche er vor der Zu- oder Zurückschiebung zum Behufe des Beweises hätte vornehmen können. Denke man sich eine Parthei, welche ihrem Gegner im Vertrauen auf dessen Moralität, anstatt sich anderer Beweise zu bedienen, einen Eid zugeschoben hat, welchen sie den ihr unbekannten oder vielleicht gar zweideutigen Erben, besonders wenn diese nur vom Nicht-

wissen schwören dürfen, niemals zugeschoben hätte: soll diese Parthei, nach dem inzwischen erfolgten Tod ihres Gegners, den Rücktritt zu ihren übrigen Beweismitteln nicht haben? Kann man behaupten, sie habe für diesen Fall ihre Beweismittel gegen die Eidesleistung aufgegeben? Sind Verzichte nicht einschränkend zu interpretiren, oder sind nicht vielmehr bedingte Verzichte von selbst erloschen, wenn die Bedingung vom andern Theile nicht mehr erfüllt werden kann? Bei dem freiwilligen Eide kann also die Parthei statt der Eideszuschiebung den Beweis durch andere Mittel führen, und sogar den zurückgeschobenen Eid nunmehr selbst annehmen. Bei dem *nothwendigen* Eide kann die Nachhülfe nur dann gefordert werden, wenn bei halbem Beweise (Kap. X. §. 2.) in dem persönlichen Verhältniß des Verstorbenen der Grund lag, wesswegen ihm der Eid zuerkannt wurde, und wenn dieser Grund bei den Erben hinwegfällt. Hierüber ist ein neues Erkenntniß nothwendig, aber ein neuer Schriftenwechsel nicht weiter zuzulassen, als es die Ausmittlung jenes persönlichen Verhältnisses unumgänglich fordert. Inzwischen darf auch in diesem Punkte der Rechtszustand unter den Partheien nicht lange ungewiß bleiben, deßhalb wurde dem

Gegentheil des Verstorbenen (N. 3.) zur Geltendmachung dieser Rechte nur ein dreisigtägiger Termin nach erlangter Nachricht vom Tode zugestanden. Läßt er diesen ohne sein Recht geltend zu machen verstreichen, so haben die Erben des Verstorbenen unbedingt das Recht, den von ihrem Erblasser angenommenen oder demselben zurückgeschobenen oder vom Richter auferlegten Eid nach ihrer Wissenschaft zu leisten.

§. 8.

A. Freiwilliger Eid. Wann und von wem derselbe zugeschoben werden kann?

Der Beweis durch freiwilligen Eid (N. 1.) wird geführt durch die Eideszuschiebung, und er wird freiwillig genannt, weil er auf einer freiwilligen Handlung des Deferenten beruht, und selbst dem Delaten in der Regel zwischen der Annahme oder Zurückschiebung des Eides oder Gewissensvertretung die freie Wahl läßt. Schneider *) bemühte sich, das Wesen und den Begriff des Beweises durch freiwilligen Eid zu ergründen, denn ihm schien es sonderbar, daß man diesen Beweis einen *Beweis*

*) Vom rechtl. Beweise, in den kritischen Abh. N. 60.

durch Eid nennt, da der zugeschobene Eid, wenn er geschworen wird, nicht den Beweis bewirkt, sondern im Gegentheil als ein Zeichen gilt, daß der *Beweis verfehlt* ist. Er glaubt also, nur durch die *Verweigerung* des Eides von Seite des Produzenten werde der Beweis des Produzenten geführt, wie nun dieses kein Beweis durch den *Eid*, sondern ein Beweis durch *Geständniss* ist, so siehet er die Eideszuschreibung als eine eigene *Form* an, wie der Beweis *durch Geständniss* geführt wird, indem sich der Produzent durch einen mittelst der Religion *verstärkten* Beweggrund dieses Geständnisses zu versichern sucht. Den Gesichtspunkt vom Geständniss verfolgt also dieser Gelehrte, und wendet dasjenige, was vom qualifizirten Geständnisse gilt, auch auf den freiwilligen Eid als Beweismittel an, worin zunächst das praktische Interesse der ganzen Sache liegt.

Unverkennbar ist der Scharfsinn, welcher diesen würdigen Gelehrten auch in dieser Darstellung auszeichnet; allein ich halte sie im Ganzen für unrichtig, und will den Gegenstand nach seiner Wichtigkeit näher prüfen. Der Begriff des Beweises auf ein Beweismittel bezogen hängt nicht davon ab, ob hierdurch
der

der Beweis *nach der Absicht des Produzenten* erzielt werde, es gilt dabei lediglich der *Wahrheit vor Gericht*. Der Augenschein, das Pare-re der Sachverständigen, die Aussage der Zeu-gen kann das Gegentheil von dem ergeben, was der Produzent dadurch beweisen wollte: und dennoch zweifelt niemand daran, daß Augen-schein und Zeugen, Beweismittel sind, sie mö-gen für oder gegen den Produzenten den Aus-schlag geben: gerade so bewirkt der zugeschobene und abgeschworne Eid einen Beweis von der juristischen Wahrheit dessen, was der Eid enthält, obgleich dieser Beweis nicht für den Produzenten entscheidet, wenn der Delat den zugeschobenen Eid schwört, oder der Deferent ihn nachläßt. Schon hierdurch ist die fragliche Darstellung widerlegt. Noch mehr leuchtet ihre Unrichtigkeit ein, wenn man den verschiedenen Gang dieses Beweis-mittels betrachtet: der Produkt kann den Eid annehmen und abschwören, oder zurückschieben oder sein Gewissen mit Beweisen vertre-ten; von diesen *drei* Wegen hat keiner die Eigenschaft eines *Geständnisses* an sich, wie sollte also diese Eigenschaft den Karakter des Beweises durch freiwilligen Eid ausmachen? Das Wesen des Beweises durch den freiwilli-gen Eid beruhet demnach darin, daß der Rich-

ter, wenn nicht der Delat sein Gewissen mit Beweisen vertritt, die Wahrheit *durch den Eid* einer Parthei erkenne, welchem die Nachlassung oder Verweigerung des Eides in den Wirkungen gleich gestellt ist. Diesen Gesichtspunkt habe ich daher im Entwurfe eingehalten.

Der freiwillige Eid muß (N. 2.) als Beweismittel, nicht als Vergleich aufgefaßt werden, und das Interesse dieser Bemerkung äußert sich bei der Eidesformel, welche nicht nach der Natur eines Vergleichs, sondern nach dem Zwecke des Eides als Beweismittels *) zu bemessen ist. Zwar liegt in der Eideszuschreibung eine Art von bedingter Veräußerung, und ihrer Natur nach findet sie nur in Sachen und unter Personen statt, wo ein Vergleich statt finden kann, dieses berechtigt aber keineswegs, die Natur dieses Beweismittels als verändert, und dasselbe nach den Grundsätzen vom Vergleiche in andern Punkten zu betrachten. Uebrigens ist (N. 3.) dieselbe zulässig, ohne Unterschied, ob der Deferent andere Beweismittel hat oder nicht, auch bringt die Wissenschaft einer Parthei von der Sache weder an der Zuschreibung noch an Zurückschie-

*) Mein Handb. Bd. II. Abh. XLIX.

bung des Eides eine Veränderung hervor; jedesmal muß derjenige, welchem der Eid zu- oder zurückgeschoben wurde, diesen nach seiner Wissenschaft von der Sache (*de scientia vel de ignorantia*) schwören. Nur über Punkte (Num. 4.) welche durch Augenschein oder Sachverständige ausser Zweifel gesetzt werden können, habe ich die Eidesdelation nicht verstatet, weil der Eid gegen die Evidenz der Sache ein Frevel und eine solche Eidesdelation Anlaß zu den gehässigsten Anklagen über Meineid seyn würde. Uebrigens bedurfte es keiner besonderen Erwähnung, daß demjenigen, welcher bewiesen hat, der Eid nicht zugeschoben werden kann, weil Eideszuschiebung ein Beweismittel, und das schon bewiesene (Kap. III. §. 1.) kein Gegenstand eines Beweises ist.

§. 9 — 12.

Verfahren bei demselben.

Auch dieses Verfahren wurde genau nach dem Verfahren bei andern Beweismitteln abgemessen, und nur über einige Bestimmungen ist etwas zur näheren Erläuterung anzuführen.

1) Bei der Annahme des zugeschobenen Eides (§. 10. num. 4.) habe ich die Frage nicht

berührt, ob der Delat den Eid annehmen, aber an der Eidesformel etwas abändern, beisetzen, limitiren u. d. könne? Schneider *) räumt ihm aus dem Standpunkt des Geständnisses dieses Recht sogar mit der Ausdehnung auf Thatsätze ein, welche vom Produkten zur Begründung einer Einrede entgegengesetzt werden, sobald diese Thatsätze demselben aus eigener unmittelbar sinnlicher Wahrnehmung bekannt sind; nur fordert er, daß der Produkt auch diese Zusätze auf seinen Eid nehme. Allein weder Geständniß noch Vergleich, sondern die Natur des *Beweismittels* entscheidet. Der Defereant führt den ihm obliegenden Beweis durch Eidesdelation, durch dieses *Beweismittel* kann weder er, noch sein Gegner das *Beweisthema* abändern. Thatsätze also, welche zu den Einreden des Delaten gehören, können hier gar nicht in die Frage kommen, da hierüber dem Delaten der Beweis obliegt, und er offenbar diesen Beweis durch Zusätze zu dem ihm angetragenen Eid nicht führen kann, denn er würde alsdann durch eigenes Anbiethen zum Eide beweisen, und die ganze Ordnung im Beweise umkehren. Verbindet der Delat mit der Annahme des zugeschobenen Eides Zusätze

*) a. a. O. §. 341. 342.

oder Limitationen zu dem Inhalt desselben, so entsteht hieraus ein Streit über die Eidesformel (§. 5.), welchen der Richter durch Berichtigung derselben mit stäter Rücksicht auf das Beweisthema zu entscheiden hat *).

2) Manche Gesetze lassen die Zurückschiebung des Eides in dem Falle nicht zu, wenn der Produkt vom Wissen, der Deferent aber nur vom Nichtwissen schwören kann, indem sie den Satz, *Judici fit probatio*, über die natürliche Gränze ausdehnen; innerhalb deren die Willkühr der Partheien wirksam ist. Der Delat, welcher ohne Eid das Beweisthema zugestehen darf, ist doch wohl noch mehr befugt, dasselbe vom Eide des Gegners abhängig zu machen, wenn gleich dieser seines persönlichen Verhältnisses wegen nur vom Nichtwissen schwören kann! Jene Beschränkung wurde daher (§. 10. n. 5.) nicht angenommen.

3) Vom Widerrufe der Zu- oder Zurückschiebung des Eides habe ich schon oben (zum Kap. III. §. 8.) gehandelt.

4) Wenn der Delat sein Gewissen mit Beweisen vertritt (§. 10. num. 7.) so ist dieses

*) *Mein Handb. B. II. Abh. XLIX.*

durchaus kein Gegenbeweis wider den Beweis durch Eid, wie vormals die herrschende Meinung war, sondern vielmehr eine Ablehnung desselben; der Satz, *reprobatio reprobationis non datur*, findet demnach keine Anwendung, sondern man muß vielmehr denjenigen, welcher sein Gewissen mit Beweisen vertritt, als Beweisführer betrachten, und dem Deferenten das Recht einräumen *) alle jene Handlungen vorzunehmen, welche dem Produkten zukommen, denn die Gewissensvertretung wechselt die Rollen unter den Partheien im Beweise. Das Gegentheil würde auch zu offenbaren Ungerechtigkeiten führen, denn manche Parthei bedient sich im Vertrauen auf die Moralität ihres Gegners der Eidesdelation und läßt andere Beweismittel unbenützt, sollte sie hiemit auch alsdann ungehört bleiben, wenn ihr Gegner durch Gewissensvertretung sich der Bedingung entziehet, unter welcher allein der Deferent seine Beweise unbenützt liefs? Eben hieraus aber folgt, daß dem Gewissensvertreter im Fall des Mißlingens seiner Beweisführung der Rücktritt zur Erklärung über die Eidesdelation nicht zugestanden werden könne (N. 8.), denn er stand am Scheideweg, und es

*) *Mein Handb. B. II. Abh. XLVIII.*

würde einerseits nach der mislungenen Beweisführung der Eid, wenn er ihn nun erst annehmen wollte, verdächtig erscheinen, anderntheils erlaubt es die rechtliche Gleichheit unter den Partheien nicht: der Produzent kann mit andern Beweismitteln die eventuelle Eidesdelation nicht verbinden, dem Produkten darf also auch der eventuelle Vorbehalt des Eides bei dem Gebrauche anderer Beweismittel nicht verstattet werden.

5) Zu den Streitigkeiten über die Eidesdelation (§. 11. num. 3.) gehört auch der Streit über die Eidesformel, was den Inhalt derselben in Beziehung auf das Beweisthema angehet.

6) Auf den Schwörungstermin (§. 11. num. 3. und §. 12.) wird derjenige, welcher den Eid leisten soll, bei Strafe des verweigerten Eides, der andere Theil aber nur monitorisch vorgeladen, weil er in dem Termine keine Handlung vorzunehmen hat, und der Eid für Gefährde in diesen Entwurf nicht aufgenommen wurde.

§. 13. 14.

B. Nothwendiger Eid. C. Gesetzlicher Eid.

Das für beide Arten des Eides vorgeschlagene Verfahren ist nach der Natur dieser Eide

bemessen worden, und bedarf keiner besondern Erläuterung.

Neuntes Kapitel.

Von Schlüssen und Vermuthungen.

§. 1.

Vom Beweis durch Schlüsse.

Die Wahrheit des eigentlichen Beweissatzes gehet nicht immer aus den vorgelegten Beweismitteln *unmittelbar* hervor, öfters muß man zur Erkennung derselben einen Schluß von einer bekannten Thatsache auf den Beweissatz zuweilen sogar nach einer Kette von Folgerungen ziehen, und dieser Schluß kann bald zur juristischen Gewißheit, bald nur zur juristischen Wahrscheinlichkeit führen; das Gesetz muß daher bei dem Beweise auch über Schlüsse und Vermuthungen nähere Bestimmungen angeben. Beide haben das gemeinschaftliche Merkmal, daß aus einer bestimmten Thatsache auf den Beweissatz geschlossen wird; beide stehen, was die Form und Bündigkeit des Schlusses angehet, unter den logischen Regeln, in beiden kann der Vordersatz,

aus welchem geschlossen wird, juristisch gewiß seyn: sie trennen sich in dem einzigen Punkte, daß nach den Prämissen der Beweissatz, bei dem *Beweise* durch Schlüsse (*probatio artificialis*) als ein juristisch *nothwendiges*, bei den Vermuthungen (*praesumptiones*) aber nur als ein juristisch *wahrscheinliches* Resultat hervorgehet. In dieser Rücksicht irren diejenigen, welche den unvollständigen Beweis für eine Vermuthung halten, denn unter Vermuthung, als eine Art des *künstlichen* Beweises, kann der *natürliche* obgleich unvollständige Beweis nicht gestellt werden, und selbst der künstliche Beweis gehet dadurch, daß der zum Grunde liegende Vordersatz nicht vollständig bewiesen wurde, in eine Vermuthung nicht über, weil der Schluß an sich und materiell ein nothwendiges, keineswegs aber bloß wahrscheinliches Resultat ausdrückt, und dessen mindere Gewißheit nur von der Unvollständigkeit des *natürlichen* Beweises des Vordersatzes abhängt. Das *materielle* Verhältniß des Vordersatzes zu dem Beweisthema allein unterscheidet den Beweis durch Schlüsse von der Vermuthung.

Zu einem vollständigen Beweise durch Schlüsse (N. 1.) werden nebst der logischen

Bündigkeit des Schlusses zwei Stücke vereint erfordert: a) der Vordersatz, woraus geschlossen wird, muß juristisch gewiß, folglich, wenn er auf einem Thatsatz beruhet, der selbst eines Beweises bedarf, der hierüber geführte Beweis vollständig seyn: b) der zu beweisende Thatsatz muß aus diesem Vordersatz mit *Nothwendigkeit* folgen. Diese Nothwendigkeit erhebt den Beweissatz zur Wahrheit vor Gericht, und es giebt für dieselbe eben deswegen zwei Quellen, *Natur der Dinge* und *Gesetze*, jene kann man *natürliche* oder *logische*, diese *gesetzliche* oder *juristische* Nothwendigkeit nennen. Die *logische* berührt das unermessliche Gebiet der Natur und der Erfahrung, der Richter muß bei derselben die Resultate nach philosophischen Grundsätzen durch eigene Einsicht bilden *), mit Scharfsinn, Erfahrung, Welt- und Menschenkenntniß alle Umstände und ihren Zusammenhang genau prüfen, und öfters fordert die Beurtheilung besondere technische Kenntnisse, welche den Sachverständigen zu überlassen ist, wie die Tödtlichkeit der Körperverletzungen bewährt. Aber in einem Gegenstand des positiven Rechts darf man auch in diesem Punkte den Einfluß

*) Thibaut Pandektenrecht Bd. III §. 1145.

der Gesetze nicht übersehen, und über die *juristische* Nothwendigkeit herrschen noch allenthalben verschiedene und irrige Ansichten.

Wie der Gesetzgeber sich zuweilen bewegen findet, eine nach natürlichen Gesetzen unvollkommene Verbindlichkeit für eine vollkommene oder eine natürlich vollkommene für unkräftig zu erklären, eben so bestimmen ihn öfters höhere Rücksichten, einen Schluss, welcher nach natürlichen Gesetzen nur eine, oft sogar entfernte, Wahrscheinlichkeit begründet, zur juristischen Gewissheit zu erheben; da nun dasjenige, was vor Gericht als Wahrheit gilt, nicht mehr blofs vermuthet wird, so gehören alle jene Fälle, bei welchen nach besonderer gesetzlicher Bestimmung der Schluss ein vor Gericht *gewisses* Resultat bewirkt, zu dem *Beweis durch Schlüsse*, wenn sie auch, bezogen auf natürliches Verhältniß, den Vermuthungen angehörten, selbst dann noch, wenn sie den Beweis des Gegentheils zulassen, denn auch dann sind sie keine Vermuthungen, weil sie nicht durch andere Vermuthungen, sondern nur durch vollständigen Beweis entkräftet werden können. Dahin rechne ich nun 1) alle gesetzliche Vorschriften über Interpretation zweifelhaf-

ter Willenserklärungen wovon das römische Recht bei den Legaten sehr viele Beispiele liefert: 2) jene gesetzlichen Bestimmungen, welche bei Fällen, wo man die Wahrheit gar nicht ausmitteln kann, das Rechtsverhältniß durchgreifend festsetzen; die Verordnung des römischen Rechts im Titel *de rebus dubiis*, wer als zuerst Verstorben ist, wenn Mehrere in einer gemeinschaftlichen Gefahr das Leben verlohren haben, und man nicht weiß, wer den andern überlebt habe, gehört in diese Klasse: 3) jene Bestimmungen, welche der Gesetzgeber nach einem angenommenen Kalkül der Wahrscheinlichkeit bemessen, aber unabhängig davon, ob sein Kalkül in einem bestimmten Falle eintrifft, als Norm vorgeschrieben hat; hierüber liefert das römische Recht bei dem Legate der Alimente und des Nießbrauchs im L. 68. D. ad legem falcidiam ein passendes Beispiel. Der Erbe berechnet die falzidische Quarte bei solchen Legaten nach der gesetzlichen Zahl der Jahre, wenn auch der Legatar mit einer unheilbaren Krankheit behaftet ist, welche es sich beinahe mit Gewisheit vorhersagen läßt, daß er diese gesetzliche Zahl nicht erleben werde, und der Erbe kann keine Nachzahlung fordern, wenn auch der Legatar über die gesetzlich angenom-

mene Zeit am Leben bleibt: 4) jene Bestimmungen, worin das Gesetz eine bestimmte Thatsache als zureichenden Grund für die Wahrheit eines andern Thatsatzes erklärt hat, wenn gleich der *evidente Beweis* des Gegentheils zugelassen wird. Der Ausspruch, daß Findelkinder für eheliche geachtet werden sollen, bis die uneheliche Abkunft bewiesen ist, ungeachtet nach der Erfahrung die Kinderaussetzung bei unehelichen Kindern gewöhnlicher ist; der Ausspruch, daß der Testator auch in Ansehung seines Alters, solange nicht das Gegenteil bewiesen ist, für testamentsfähig geachtet werde, ungeachtet der Natur der Sache nach, eigentlich nichts wahrscheinlich ist; die bekannte Bestimmung über Paternität (*pater est quem justae nuptiae demonstrant*) und über die Legitimität eines zwischen dem siebenten und zehnten Monat gebornen Kindes gehören in diese Klasse, obgleich auch bei der Paternität der Gegenbeweis statt findet, wenn die offenbare Unmöglichkeit bewiesen werden kann, daß der Ehemann Vater des Kindes sey; denn die Zulassung dieses Beweises verwandelt jeden Beweis durch den Schluß nach gesetzlicher Nothwendigkeit keineswegs in eine Vermuthung, und es ist ein gesetzwidriger Irrthum, wenn manche Rechtsgelehrte, nach den

Lehren neuerer Aerzte, aus der grösseren oder geringeren Reife des Kindes einen Grund hernehmen, um in konkreten Fällen jenen gesetzlichen Beweis der Paternität für geschwächt oder entkräftet zu achten. Nach der Natur bringt jener Schluss von dem Zeitpunkt der Geburt nur Wahrscheinlichkeit hervor, welche sehr geschwächt wäre, wenn die Mutter des Ehebruchs überführt oder geständig ist, das Kind aus ehebrecherischem Beischlaf empfangen zu haben, aber das Gesetz hat jenen Schluss zur juristischen Gewissheit erhoben, nur den Beweis der Unmöglichkeit dagegen zugelassen, und er kann durch keinen andern Beweis, noch weniger also durch andere Vermuthungen entkräftet werden.

So haben wir denn zwei Quellen des Beweises durch Schlüsse (im Gegensatz der Vermuthungen) *natürliche* und *positive* Gesetze, diese können einen Schluss, der an sich nur eine Vermuthung begründete, zur juristischen Gewissheit erheben, und hierdurch wird der Begriff von Vermuthungen, wenn man sie auf ein positives Gesetz beziehet, in seine rechtmässige Gränzen zurückgeführt.

Den oben gedachten beiden Erfordernissen zur Vollständigkeit des Beweises durch Schlüs-

se stehen zwei Punkte gegenüber, deren jeder die Kraft jenes Beweises, doch auf verschiedene Art schwächt. Mangelt es an der juristischen Gewissheit des Vordersatzes, aus welchem geschlossen wird, so ist der künstliche Beweis (N. 2.) zwar unvollständig, aber doch noch als Beweis, nicht als Vermuthung zu betrachten, welches für die Lehre von der Collision von hoher Bedeutung ist. Gehet aber (N. 3.) der Beweissatz aus dem Vordersatz nicht mit logischer oder juristischer Nothwendigkeit hervor, so ändert sich die Sache wesentlich, denn nun ist nicht mehr ein künstlicher Beweis, sondern nur eine Vermuthung vorhanden.

§. 2.

Vermuthungen.

Für Doktrin und Legislation sind die Vermuthungen eine schwere Aufgabe; Nach Menoch *) hat der tiefdenkende J. H. Böhmmer **) diesen Gegenstand besonders bearbeitet, seine Meinung stieg unter den Rechtsgelehrten zur herrschenden, bis Weindler ***)

*) Tr. de praesumptionibus. Genev. 1686.

**) de Collisione praesumptionum, in dessen Exercit. ad Pand. Vol. IV.

***) von Vermuthungen in Rücksicht auf bürgerliche Rechtslehre. Landshut 1801.

aus der aufblühenden baierischen Schule den Gegenstand in Revision nahm. Seitdem ward die Aufmerksamkeit anderer Gelehrten *) hierauf gelenkt, und neues Licht hierüber verbreitet, doch bleibt noch vieles zu wünschen übrig.

Nach B ö h m e r theilt man die Vermuthungen in *einfache* und *qualifizierte*, und rechnet zu den letzten nur jene Vermuthungen, welchen die Gesetze die Kraft der Interimswahrheit bis zum Beweise des Gegentheils beigelegt haben, alle übrige Vermuthungen, selbst wenn sie von den Gesetzen anerkannt sind, rechnet man zu den ersten, und führt die Wirkung dieses Unterschieds darauf zurück, daß die qualifizirten Vermuthungen von der Beweislast befreien, die einfachen aber von der Beweislast nicht befreien, daher bei Abfassung des ersten Interlokuts gar nicht in Betrachtung

*) vorzüglich S c h n e i d e r vom rechtlichen Beweise §. 15 - 54. und krit. Anmerk. Abh. II - XIX. v. Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit. Ad. Diet. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung N. V. Feuerlein Versuch einer neuen Theorie der Vermuthungen, in *meinem* Archiv für die Gesetzgebung Band IV. Heft I. N. 1.

tung kommen, ob sie gleich zu der Beweisführung beitragen, daher nach geschlossenen Beweisverhandlungen als Beweisgründe *mit* angewandt werden, und bei dem Endurtheil den Ausschlag geben können. Keine Vermuthung also, wie anscheinlich sie auch einer Parthei das Wort reden mag, befreit von der Beweislast, wenn ihr nicht *diese* Wirkung *ausdrücklich* vom Gesetze beigelegt wurde; noch beruhet darauf die ganze Stärke dessen, was Weber über Vermuthungen sagt.

Bei aller scheinbaren Konsequenz mangelt es dieser Darstellung an *logischer* Haltbarkeit, denn sie beruhet auf einer ganz *zufälligen* Bestimmung über das gerichtliche Verfahren, ob nämlich die Beweisführung mit den Streitverhandlungen selbst verbunden, oder ob vorher über die Beweislast besonders erkannt wird, sie hat also in einer Gesetzgebung, welche kein Interlokut über die Beweislast zulässt, keine Bedeutung, und verwechselt diese Theorie das Zufällige mit dem Wesentlichen. Dafs eine Vermuthung, jene Kraft habe, welche ihr das Gesetz beilegt, wenn auch ihre Kraft nach dem natürlichen Zusammenhang geringer wäre, ist nicht zu bezweifeln, aber womit soll der Schluss gerechtfertigt werden, dafs der

Gesetzgeber, indem er einer an sich schwachen Vermuthung eine besondere Kraft durch eine ausdrückliche Bestimmung beilegt, den übrigen Vermuthungen jene Kraft abgesprochen habe, welche ihnen auch ohne Gesetz zukommt, und welche der Gesetzgeber vielleicht nur deswegen nicht ausdrücklich anführte, weil er es ihrer natürlichen ohnehin unverkennbaren Kraft wegen nicht für nothwendig fand? Dieser Schluss ist bei den vormaligen Rechtsquellen in Teutschland, dem römischen und kanonischen Rechte, gar nicht zu rechtfertigen, da sie aus einem Aggregate von Fragmenten bestehen, worauf die Regel *positio unius non est exclusio alterius* vorzüglich anzuwenden ist. Am allerwenigsten paßt jenes Argument, worauf Böhmers und Webers Darstellung beruhet, auf Vermuthungen. Einige Wahrscheinlichkeiten, welche auf ganz einfache Verhältnisse sich stützen, und deswegen in abstracto ausgesprochen werden können, kann das Gesetz ausheben und besonders normiren, aber die übrigen Wahrscheinlichkeiten, welche auf einem natürlichen Zusammenflusse mehrerer Umstände ruhen, sind so mannichfaltig, so zusammengesetzt, so innig mit vielen subjektiven und objektiven Verhältnissen verwebt, daß kein Gesetzbuch, wie weitläufig es auch

wäre, die dafür erforderlichen Regeln alle fassen könnte *). Diese muß der Gesetzgeber ihrer natürlichen Kraft, und die Würdigung dieser Kraft in concreto dem Richter überlassen. Unmöglich kann man also den sogenannten einfachen Vermuthungen ihre natürliche Kraft vor Gericht absprechen, und ihnen, im Gegensatz einiger vom Gesetze ausgehobener Vermuthungen, eine schlechterdings untergeordnete Stelle anweisen **): die gesetzlichen Vermuthungen haben vor den natürlichen nichts voraus, als daß ihre Gültigkeit und Wirkung schon im Gesetze bestimmt, folglich hierüber das richterliche Ermessen eingeschränkt ist. Erkennt doch das römische Recht an mehreren Stellen ***) daß durch Zusammentreffen aller Umstände (*per apertissima rerum argumenta*) ein *vollständiger* Beweis vor Gericht hergestellt werde, warum sollte es seinem Geiste nicht angemessen seyn, daß derjenige,

34*

*) Schneider a. a. O. kritische Anmerk. N. XIX.

**) v. Globig a. a. O. Th. II. S. 54.

***) L. 3. §. 4. D. de suspectis tutoribus. "Indicia ad probationem indubitata et luce clariora" L. 25. C. de probat. "argumenta liquida" L. 2. C. de in litem jurando.

welcher schon vor dem Beweisinterlokute hinreichende *rerum argumenta* für sich hat, um seine Behauptung allenfalls bis zum suppletorischen Eide für wahrscheinlich zu halten, von der Beweislast (wenn es doch darauf ankommt) frei geachtet, und seinem Gegentheil der Beweis aufgelegt wird? Auch ist die gewöhnliche Darstellung gefährlich in der Anwendung. Nicht zu gedenken, daß Böhmer und Weber es sehr zweifelhaft lassen, ob die gemeinen Vermuthungen nur neben einem andern allenfalls unvollständigen Beweise *hülfsweise*, oder ob sie auch *allein* ohne Unterstützung anderer Beweise *) etwas und was sie dann wirken, ihre Theorie bereitet den Partheien noch andere Gefahren: *erstens* die Gefahr, daß der Gegner jenen Vermuthungen, deren Gründe schon vor dem Beweisinterlokute in den Akten lagen, die Rechtskraft des Interlokuts entgegen setzt und nicht ohne Schein des Rechts behauptet, ihnen sey die Kraft im Beweise

*) Böhmer in der angef. Dissertation Cap. I. §. 10. sagt "ut tantum adjumentum sit ei, qui probare debet." Weber a. a. O. S. 117. sagt. "die gemeine Vermuthung kann nur als Beweisgrund *mit* angewandt werden." Was heisst "mit" was wirkt sie ohne andern Beweisgrund?

durch das Interlokut eben deßwegen abgesprochen worden, weil der Richter demjenigen den Beweis auferlegte, welcher diese Vermuthungen für sich hatte; *zweitens* die Gefahr, daß der Richter nach der Beweisführung nur die Frage untersucht, ob der auferlegte Beweis hergestellt sey, und bei der Entscheidung auf die in den ersten Verhandlungen liegenden Vermuthungen gar keine weitere Rücksicht nimmt.

Fehlerhaft ist jede Theorie, bei welcher die Doktrin Forderungen an den Gesetzgeber macht, deren Erfüllung unmöglich ist. Will der Gesetzgeber den Satz als Grundlage aussprechen, nur gesetzliche Vermuthungen sollen eine bestimmte Wirkung haben, alle übrigen Vermuthungen aber bloß zur Beihülfe und Unterstützung im Beweise dienen, so muß er ein genaues Verzeichniß aller jener Präsumtionen liefern, welchen er die bestimmte Wirkung nicht versagen kann, ohne den natürlichen Zusammenhang der Dinge zu verläugnen, sich mit den Erscheinungen des Lebens in Widerspruch zu versetzen, und ungerecht zu werden. Ein Gesetzgeber, welcher jenen Grundsatz ohne dieses vollständige Verzeichniß aussprechen wollte, hängt sein Gesetz in die Luft,

ein Spiel der Winde, und die Doktrin stellt in einer solchen Theorie ein Irrlicht dar, das in der Ferne blendet, aber den Wanderer vom rechten Wege ableitet. Dafs aber kein Gesetzbuch alle Vermuthungen mit ihren Wirkungen aufzählen kann, ist schon oben bemerkt worden. Rechnet man es doch den neueren Kriminalgesetzen mit Recht zum Verdienste an, dafs sie den logischen Beweis aus dem Zusammentreffen aller Umstände (*ex apertissimis rerum argumentis*) in seine natürliche Würde wieder eingesetzt haben, und das Civilrecht sollte mit dieser unverkennbaren Wahrheit wenigstens für das Beweisinterlokut im Widerspruch stehen? Was am Ende den Prozeß entscheidet, soll in dessen Mitte bei dem Interlokute gar keine Rücksicht verdienen? Man mufs also einen ganz andern Weg einschlagen, wenn in diesem Gegenstand für Doktrin und Legislation etwas gedeihliches zustand kommen soll. Meine Ansicht reduzirt sich auf folgende Sätze.

I. Wie Natur und Wesen der Dinge auch im Staate und unter allen positiven Gesetzen fortdauert, wie *natürliche Verbindlichkeiten* fortbestehen, bis positive Gesetze daran etwas ausdrücklich abändern, so mufs auch die ver-

nunftgemäße Wirksamkeit natürlicher Schlussfolgerungen von einer Thatsache auf die andere insolange als Regel angenommen werden, bis positive Gesetze daran etwas ausdrücklich abändern: man dürfte sagen mit noch stärkerem Rechte; denn wir können durch Analysis und Kombination die Entstehungsgründe der Verbindlichkeiten, die Natur und Zahl der Rechtsinstitute, samt den hieraus entspringenden Rechten und Verbindlichkeiten genau und vollständig angeben: geschlossen ist die Zahl der Kontrakte, wie die Zahl der Verbrechen und Vergehen, scharf gezeichnet sind ihre Begriffe, bald gefunden ihre Wirkungen und Folgen, aber die Indizien hat noch kein Kriminalist, die Vermuthungen noch kein Civilist aufgezählt. Recht sehr habe ich beklagt, daß ein Weber, eben der Gelehrte bei den *Vermuthungen* jenen Weg verließ, auf welchem er in seiner klassischen Schrift über die *natürliche Verbindlichkeit* die lange verkann- te Wahrheit fand. Diese Bahn zeichne ich durch den allgemeinen Grundsatz vor, den ich (N. 1.) an die Spitze stellte: Jede Vermuthung einer bestrittenen Thatsache behält ihre natürliche Kraft, solange nicht ein ausdrückliches Gesetz jene Kraft entweder erhöht oder vermindert, oder ganz aufgehoben hat. Die-

ser Grundsatz gilt a) für alle Ereignisse in der physischen und moralischen Welt, obgleich in dieser soweit, als Willkühr oder Leidenschaft auf des Menschen Handlungen grossen Einfluß hat, die natürliche Kraft einer Vermuthung schwächer ist, als in der physischen Welt; b) ohne Unterschied zwischen einem bejahenden oder verneinenden oder einschränkenden Satze, worauf Schneider die Lehre von Vermuthungen, übrigens mit vielen schönen Bemerkungen, zurückführen wollte, indem er bejahend den Satz nennt, der eine Veränderung am ursprünglichen Zustand der Dinge ausdrückt, verneinend den Satz, wenn dadurch der ursprüngliche Zustand verändert wird, einschränkend den Satz, wenn der bejahende Thatsatz zugleich die näheren Umstände ausdrückt, unter welchen sich die Veränderung ergeben hat. In der physischen wie in der moralischen Welt führt Zeit und Verkettung von Umständen Veränderungen des ursprünglichen Zustands herbei, und selbst Schneider mußte oft für den bejahenden Satz sogar als für den verneinenden eine Vermuthung als gegründet anerkennen. Der Tod eines Menschen ist eine Veränderung seines ursprünglichen Zustands, aber den Tod eines vor zweihundert Jahren gebornen Menschen wird doch niemand

bezweifeln. Er gewährt c) den grossen Vortheil, daß das positive Gesetz den Fortschritten des menschlichen Wissens und den neuen Entdeckungen nicht in den Weg tritt; viele neue Entdeckungen in der Naturkunde, Chemie, Technologie, Landwirthschaft lassen uns den natürlichen Zusammenhang der Dinge besser einsehen, auch nach uns werden grössere Fortschritte gemacht werden, und leicht kann es geschehen, daß die Zukunft jenes, was wir als Regel ansehen, in ein anderes Licht stellt. Ich darf nur an die blutigen Opfer der Gesetze wider die Hexerei aus den verflossenen Jahrhunderten erinnern, um das Gesagte zu beweisen: wir würden nach unserer Kenntniß von der natürlichen Magie, selbst wenn wir noch Gesetze wider Hexerei hätten, in hundert Fällen keine Hexerei mehr vermuthen, wo man sie in der Vorzeit als gewiß annahm. d) Uebrigens muß die natürliche Kraft jeder Vermuthung den ausdrücklichen Bestimmungen des positiven Rechts untergeordnet bleiben, welchem die Macht zustehet, jene Kraft erweiternd oder einschränkend abzuändern. Durch diese Grundlage sind Gesetze und Vernunft in Harmonie gebracht, und beide in ihrer Würde erhalten. Die Wirkungen der Vermuthung handle ich im folgenden Paragraph ab.

II. Von Vermuthungen einen vollständigen Katalog zu liefern, ist nicht möglich, und eine Kasuistik gehört nicht in ein Gesetzbuch; ebensowenig würde aber ein blosses Kompro-
miss auf richterliches Ermessen dem Bedürfnis der Richter und Partheien entsprechen. Für einzelne Gegenstände des Personen - Sachen- und Obligationenrechts muß das Civilgesetzbuch die besonderen Vermuthungen ausdrücklich an-
geben, welche nach höheren Rücksichten auf die Zuverlässigkeit des Rechtszustands und auf Abschneidung verwickelter Prozesse nothwen-
dig sind; die Gesetze haben dieses auch viel-
fach gethan, die Vermuthungen für den Rechts-
bestand eines letzten Willens, für die Schen-
kung unter Lebenden, für die Absicht zu Schen-
ken unter gewissen mehr verwandten Perso-
nen, für den Verzicht auf das Pfandrecht durch
Zurückgabe des Pfandes, für die Zahlung äl-
terer Zinnsen aus der Quittung über die neue-
ren u. a. m. dienen zum Beispiel. Für einzel-
ne Gegenstände des Prozeßrechts muß das
Prozeßgesetzbuch die besonderen Vermuthun-
gen angeben, worüber die Vermuthung für
die Legalität gerichtlicher Handlungen und die
vermuthete Vollmacht als Belege gilt. Hier
aber, wo vom *Beweis* die Rede ist, müssen
die Vermuthungen *nur im Allgemeinen*, ohne

in einzelne Vermuthungen einzugehen, aufgefaßt werden, um die Frage: worauf eine Vermuthung mit Wirksamkeit im Beweise begründet werden könne, nach Prinzipien zu beantworten. Auch darüber herrschte ein allgemeiner folgenreicher Irrthum, den Feuerlein*) mit großem Scharfsinn aufgedeckt und verbessert hat. Man führte bisher die natürlichen Vermuthungen ausschliessend auf den Verband zwischen Ursache und Wirkung (*Kausalität*) zurück, als ob dieser Verband der einzige Grund wäre, der zum Schlusse von bestimmten Thatsachen auf die zu beweisende Thatsache berechtigte. Dem aufmerksamen Beobachter muß diese Einseitigkeit der Civilisten unbegreiflich scheinen, da sie durch eine eben nicht tiefe Kenntniss des Kriminalrechts eines Bessern sich leicht belehren konnten. Das Kriminalrecht kennt längst die Wichtigkeit der Anzeigen aus den Umständen, welche vor, bei oder nach einer That vorgekommen sind, ungeachtet viele Umstände mit der That selbst keineswegs im Verbande der Ursach und Wirkung stehen; in diesem Punkte kann sich das Kriminalrecht vom Civilrecht nicht unterscheiden, vielmehr

*) am angeführten Orte im IV. Bande meines Archivs für die Gesetzgebung.

mufs dieses gleich jenem die Gründe des Verbandes zwischen mehreren Thatsachen aus der Natur der Dinge entnehmen, die *Argumenta rerum*, welchen schon die Römer das verdiente Gewicht beigelegt haben, sind auf Kausalität nicht beschränkt.

Jede Vermuthung mufs auf dem Schlusse aus einer Regel (N. 2.) beruhen, nach welcher nicht nothwendig, wohl aber gewöhnlich Begebenheiten und Handlungen erscheinen. Was nach bekannten Naturgesetzen *nothwendig* erfolgt, das ist *gewifs* und wird (§. 1.) nicht vermuthet, und ebensowenig bedürfen die *wesentlichen* Bestimmungen eines Vertrags, sobald der Vertrag selbst gewifs ist, eines Beweises, weil hier wie dort eine *Nothwendigkeit* vorliegt, welche das Gegentheil physisch oder juristisch als möglich zu denken nicht erlaubt. Was nach bekannten Naturgesetzen oder nach der bekannten Handelsweise der Menschen *zufällig* ist, dieses hat keinen Anhaltspunkt für sich, um für wirklich oder wahrscheinlich gehalten zu werden. Nur das *Gewöhnliche*, was zwar nicht nothwendig, aber auch nicht zufällig, sondern nach einer bekannten Regel zu geschehen pflegt, kann man vernünftigerweise als *wahrscheinlich* ansehen. Es kommt also

nur darauf an, die Kathegorien aufzusuchen, unter welche die verschiedenen Regeln gestellt werden können.

Die erste Klasse (lit. a. Kathegorie der *Intelligenz*) beruht auf dem Verbande des Subjekts mit dem Prädikate; sie war von den Civilisten mehr bei einzelnen Vermuthungen als in jener Allgemeinheit gekannt, mit der sie auf Personen, Sachen, Handlungen und Geschäfte zur Anwendung kommt, daher eine sehr reichhaltige Quelle von Vermuthungen besonders den vom Gesetze anerkannten ist, weil hier öfters einfache Verhältnisse vorliegen, welche der Gesetzgeber in abstracto auffassen kann und aufzufassen durch höhere Rücksichten sich bewogen findet. Nach den bekannten gewöhnlichen physischen Eigenschaften des *Menschen* begründet man hierauf die Vermuthung der Lebensdauer, der physischen und geistigen Integrität, der Lebensfähigkeit eines in der gesetzlichen Zeit gebornen Kindes: in moralischer Hinsicht und zwar nach der gewöhnlichen Denkungsart der Menschen die Vermuthung, daß niemand sich schaden, niemand etwas verschenken wolle, oder daß eine Person, welche mit der andern in engeren Verhältnissen steht, dieser das ohne Titel und Vorbehalt

Gegebene geschenkt habe: nach der gewöhnlichen Handelsweise eines die Mittel auf den Zweck berechnenden Vernunftwesens die Vermuthung für den Nachlaß des Pfandrechts aus der Zurückgabe des Unterpfands oder der Schuld selbst aus der Zurückgabe des Schuldbriefes, solange kein anderer Grund der Zurückgabe bekannt ist. Selbst menschliche Leidenschaften, wenn auch ihr höherer Grad zu den ungewöhnlichen Erscheinungen gehört, begründen in Verbindung mit anderen Umständen eine Vermuthung, oder enthalten den entfernten Grund, auf welchem eine aus dem Verbande verschiedener Umstände abgeleitete Vermuthung beruhet. Wenn ein Mensch gewaltsam ermordet würde, und ein anderer mit demselben in grosser Feindschaft gelebt oder sonst bei dessen Tod einen besonderen Vortheil zu hoffen hat, so entstehet gegen diesen ein Verdacht, dessen Grund in den menschlichen Leidenschaften ruhet. — Nach den bekannten gewöhnlichen Eigenschaften der *Sache* vermuthet man, daß ein fruchtbringendes Gut Früchte getragen habe, und nimmt den mittleren Ertrag der gewöhnlichen Fruchtbarkeit zum Maasstab an, bis der ungewöhnlich niedere oder höhere Ertrag eines Jahres bewiesen ist; in Gegenden, wo Brache gewöhnlich

ist, muß das Brachjahr vom Ertrage abgerechnet werden, bis der Anbau der Brache erwiesen wird. Eben hierauf beruht die Vermuthung, daß ein Grundstück mit den gewöhnlichen Lasten belegt, von den ungewöhnlichen Lasten aber frei ist. — Von *Handlungen* vermuthet man, daß sie mit Vorbedacht unternommen wurden, und mit der Absicht, jene Folgen hervorzubringen, welche daraus nach bekannter Erfahrung nothwendig oder gewöhnlich entstehen. — Von *Geschäften* vermuthet man, daß denselben die gewöhnlichen Bestimmungen ankleben u. dgl. Alle diese Vermuthungen sind eine Folge der allgemeinen Vermuthung vom Verbande des Subjekts mit seinen zwar nicht nothwendigen, aber doch gewöhnlichen Prädikaten.

Die zweite Klasse (lit. b. Kategorie der *Kausalität*) beruht auf dem Verbande zwischen Ursache und Wirkung, indem man entweder von jener auf diese, oder von dieser auf jene schließt. Wer verbunden war, eine Sache zu bewahren, hat auf den Fall, daß sie zu Grund gieng, die Vermuthung des Verschuldens solange gegen sich, bis er bewiesen hat *),

*) Weber a. a. O. N. VI. 20 — 25. Seite 247.

dafs er zur Erhaltung jene Mittel angewendet habe, wozu er nach dem Grade des Fleises verbunden war, den er in dem Geschäfte leisten mufs; der dann nach Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte verschieden ist. Die Anwendung zweckmässiger Mittel (als Ursache), hätte die Erhaltung der Sache (als Wirkung) hervorgebracht, man ist also vom Untergang der Sache auf Unterlassung des schuldigen Fleises zu schliessen befugt, wie man mit gleichem Rechte vermuthet, dafs eine Ursache die gewöhnliche Wirkung hatte. Der Tod eines Menschen, der in einen reissenden Fluß oder unzugänglichen Abgrund stürzte, oder sich in einer anderen grossen augenblicklichen Lebensgefahr z. B. einer Schlacht oder bei einem Bergsturze befände, kann als gewöhnliche Wirkung jener Ursache vermuthet werden, und diese Vermuthung bis zur juristischen Gewissheit steigen, wenn derselbe seit jenem Ereigniss vermisst wird, sollte man auch weder den Leichnam noch Zeugen des Todes auffinden. Selbst die Vermuthung der rechtswidrigen Absicht in Beziehung auf den eingetretenen Erfolg einer rechtswidrigen Handlung ruhet zum Theil auf der Kausalität.

Die *dritte* Klasse (lit. c. Kategorie der *Konnexität*) beruhet auf dem Verbande von zwei

zwei oder mehreren Begebenheiten mit einer ungewissen Thatsache. Sie ist zur vollständigen und klaren Einsicht der Vermuthungen unentbehrlich, und von den Civilisten theils mit der Kausalität verwechselt theils vernachlässiget worden, welches desto weniger begreiflich ist, als das Kriminalrecht darauf die nächsten Anzeigen gegen den Thäter längst gegründet hat. Diese Klasse umfaßt das ganze Feld von vorausgegangenen, begleitenden oder gleichzeitigen und nachfolgenden Umständen, sie ist also an sich weder in dem ersten Verbande zwischen Subjekt und Prädikat, noch in dem zweiten zwischen Ursache und Wirkung begriffen, obgleich bald dieser bald jener Verband bei dem Schlusse vom Zusammentreffen der Umstände einen mittelbaren Einfluß hat. Diese Klasse von zusammentreffenden Umständen hat noch die Eigenthümlichkeit, daß bei derselben aus einem Umstand allein, welcher mit dem Beweissatze in einer Verbindung stehet, fast niemals mehr als eine entfernte Vermuthung entstehet, wo im Gegentheile bei den zwei ersten Klassen ein einziger Vermuthungsgrund schon eine nahe Vermuthung hervorbringen kann. Dieses liegt in der Natur der Begebenheiten, von welchen vorausgehende, begleitende oder nachfolgende

Umstände nicht hinweggedacht werden können, bei welchen nichts isolirt da ist, wo also erst das Zusammentreffen mehrerer Umstände den Schluss zur höheren Wahrscheinlichkeit bringt. Wer am Orte des begangenen Verbrechens gesehen wurde, kann deswegen noch nicht, oder höchstens sehr entfernt der That für verdächtig geachtet werden; denkt man eine grosse Feindschaft gegen den Ermordeten (Klasse 1.) hinzu, so steigt der Verdacht, hat der Verdächtige sich vorher an dem Orte verborgen, ist er mit Instrumenten versehen gewesen, welche den Wunden des Ermordeten anpassen, so häufen sich die Vermuthungsgründe, und können, z. B. wenn er Blutflecken an sich hatte, wenn bei ihm Sachen des Ermordeten gefunden wurden, bis zum logischen Beweise aus dem Zusammentreffen aller Umstände steigen. Eben so verhält es sich im Civilrecht. Wenn ein Mensch lange Zeit tiefsinnig und schwermüthig war, dann unter zweideutigen Umständen an einem See herumgieng, eines seiner Kleidungsstücke im Wasser gefunden wurde, und derselbe seitdem vermisst wird, so lassen diese Umstände in ihrer Zusammenwirkung auf seinen Tod schliessen.

III. Diese schärfere Bezeichnung der drei Klassen, unter welche die eigentlichen *Vermu-*

thungen gebracht werden müssen, bahnte mir (Num. 3.) den Weg zur Ausscheidung jener Schlussfolgerungen, welche auf eine schwankende Allgemeinheit sich gründen, auf keinem mit dem Beweisthema *unmittelbar* und *speziell* verbundenen Thatsatze beruhen, daher einen so entfernten Schein haben, daß sie auch durch die Benennung von wahren Vermuthungen unterschieden werden müssen, wofür ich keine bessere, als den Namen "*Muthmassungen*" kannte, den man auch im Kriminalrechte den Anzeigen (*Indizien*) entgegenstellen mag. Dahin gehört die bekannte Bestimmung des römischen Rechts (L. 31. §. 21. de aedilitio edicto) über die Vermuthung aus dem Charakter eines Volks oder der Volksklasse, wozu Jemand gehört, die Vermuthung aus dem Temperamente, Alter, Geschlechte, Lebensart eines Menschen, ferner die bekannte Vermuthung *semel malus semper malus praesumitur in eodem delicti genere* u. dgl.

IV. Die *Wahrscheinlichkeit* hat mannichfaltige Grade gleich dem unvollständigen Beweis, nach dessen Analogie ich zwei Grade angegeben und mit den Namen *nahe* und *entfernte* Vermuthung bezeichnet habe. Die Bestimmung ihrer Wirkungen mußte dem fol-

Umstände nicht hinweggedacht werden können, bei welchen nichts isolirt da ist, wo also erst das Zusammentreffen mehrerer Umstände den Schluss zur höheren Wahrscheinlichkeit bringt. Wer am Orte des begangenen Verbrechens gesehen wurde, kann deswegen noch nicht, oder höchstens sehr entfernt der That für verdächtig geachtet werden; denkt man eine grosse Feindschaft gegen den Ermordeten (Klasse 1.) hinzu, so steigt der Verdacht, hat der Verdächtige sich vorher an dem Orte verborgen, ist er mit Instrumenten versehen gewesen, welche den Wunden des Ermordeten anpassen, so häufen sich die Vermuthungsgründe, und können, z. B. wenn er Blutflecken an sich hatte, wenn bei ihm Sachen des Ermordeten gefunden wurden, bis zum logischen Beweise aus dem Zusammentreffen aller Umstände steigen. Eben so verhält es sich im Civilrecht. Wenn ein Mensch lange Zeit tiefsinnig und schwermüthig war, dann unter zweideutigen Umständen an einem See herumgieng, eines seiner Kleidungsstücke im Wasser gefunden wurde, und derselbe seitdem vermisst wird, so lassen diese Umstände in ihrer Zusammenwirkung auf seinen Tod schliessen.

III. Diese schärfere Bezeichnung der drei Klassen, unter welche die eigentlichen *Vermu-*

thungen gebracht werden müssen, bahnte mir (Num. 3.) den Weg zur Ausscheidung jener Schlussfolgerungen, welche auf eine schwankende Allgemeinheit sich gründen, auf keinem mit dem Beweisthema *unmittelbar* und *speziell* verbundenen Thatsatze beruhen, daher einen so entfernten Schein haben, daß sie auch durch die Benennung von wahren Vermuthungen unterschieden werden müssen, wofür ich keine bessere, als den Namen "*Muthmassungen*" kannte, den man auch im Kriminalrechte den Anzeigen (*Indizien*) entgegenstellen mag. Dahin gehört die bekannte Bestimmung des römischen Rechts (L. 31. §. 21. de aedilitio edicto) über die Vermuthung aus dem Charakter eines Volks oder der Volksklasse, wozu Jemand gehört, die Vermuthung aus dem Temperamente, Alter, Geschlechte, Lebensart eines Menschen, ferner die bekannte Vermuthung *semel malus semper malus praesumitur in eodem delicti genere* u. dgl.

IV. Die *Wahrscheinlichkeit* hat mannichfaltige Grade gleich dem unvollständigen Beweis, nach dessen Analogie ich zwei Grade angegeben und mit den Namen *nahe* und *entfernte* Vermuthung bezeichnet habe. Die Bestimmung ihrer Wirkungen mußte dem fol-

genden Paragraph vorbehalten werden, hier war die Aufgabe, die Grade an sich festzusetzen: und auch hier bemerkte ich mit Vergnügen, daß meine Theorie die Aufstellung fester Prinzipien zur Abmessung jener Grade möglich macht.

V. Für Abwägung der *natürlichen* Kraft der Vermuthungen giebt es theils allgemeine Regeln, welche allen Vermuthungsgründen zukommen, und mit diesen machte ich (N. 5.) den Anfang, theils besondere Regeln (N. 6.) welche jeder Klasse von Vermuthungen besonders eigen sind. Die in beiden Numern enthaltenen Vorschläge sind so einleuchtend, daß sie keiner besonderen Rechtfertigung bedürfen.

VI. Eine Vermuthung, wenn sie auch vom Gesetze mit einer besonderen Wirkung anerkannt ist, bleibt insolange, als das Gesetz noch einen Beweis des Gegentheils zuläßt, also mit Ausnahme der sogenannten Praesumptionum Juris et de Jure immer nur Vermuthung, und kann nicht nur durch einen vollständigen Beweis widerlegt (*praesumptio cedit veritati*) sondern auch durch entgegengesetzte Vermuthungen geschwächt oder entkräftet werden. Die nämlichen Grundsätze, nach welchen

die Kraft jeder Vermuthung an sich zu beurtheilen ist, entscheiden auch im Falle der Kollision mehrerer entgegengesetzter Vermuthungen. Mehr konnte im Gesetzbuch nicht gesagt werden; das Gesagte genügt dem Richter, welcher eine helle Kombinationsgabe und hinreichenden Verstand hat, um jede Wahrscheinlichkeit an sich gehörig zu würdigen, und im Falle der Kollision durch einen richtigen Blick über das Ganze das Wahrscheinlichere zu finden; den Richtern, welchen es hieran mangelt, ist ohnehin nicht zu helfen, und jeder Versuch des Gesetzgebers, den Richtern gesunden Menschenverstand beizubringen, mißlingt. *"Il ne faut pas faire une art de la raison même."*

§. 3.

Wirkung der Vermuthungen.

Ueber die Wirkungen der Vermuthungen bemerke ich im allgemeinen, und ohne Rücksicht auf den Entwurf, daß man zuerst auf die positiven Gesetze zurückgehen, und jeder Vermuthung die derselben in einem Gesetze zugesprochene Wirkung beilegen muß, wenn gleich ihre natürliche Kraft schwächer oder stärker seyn sollte. Haben die Gesetze die Wirkung einer Vermuthung nicht besonders

bestimmt, so behält sie ihre natürliche Kraft, welche dem vernünftigen Ermessen des Richters, oft unter Beiziehung von Sachverständigen zur Beurtheilung überlassen seyn muß, weil das Gesetz, wie wir im vorhergehenden gesehen haben, nur allgemeine Regeln angeben kann, wornach die Vermuthungen in jedem konkreten Falle zu würdigen sind. Wie nun ein Zusammenfluß von mehreren nahen Vermuthungen, welche ihrem Verbande nach über die Wahrheit eines Thatsatzes keinen vernünftigen Zweifel übrig lassen (*apertissima rerum argumenta*, wie das römische Recht sagt) einem vollständigen Beweise gleich gelten kann *), eben so muß ein Zusammenfluß von Vermuthungen, welche einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit, obgleich noch keine volle Ueberzeugung, hervorbringen, nicht bloß bei dem Endurtheile dem unvollständigen Beweise gleich geachtet, sondern eben deswegen auch in jener Prozeßform, wo der Beweisführung ein Beweisinterlokt vorhergeht, schon bei dem Beweisinterlokute be-

*) auch das bekannte cap. 12. X. de Praesumptionibus gehört hieher als Belege für den künstlichen Beweis des Ehebruchs durch das Zusammentreffen aller Umstände, wie ich nachher zeigen werde.

rücksichtigt werden *), weil es offenbar dem Zwecke jenes Interlokuts widersprechen würde, demjenigen den Beweis aufzuladen, welchem ohne neue Beweisführung schon kraft der für ihn streitenden Wahrscheinlichkeit allenfalls unter dem Bedinge des Ergänzungseides der Sieg gebührt. In meinem Systeme des gerichtlichen Verfahrens, welches kein Interlokut über die Beweislast erlaubt, hat diese Kontrovers ohnehin keine Bedeutung.

Dafs Vermuthungen nur insoweit, als Zeugenbeweis zulässig ist (Num. 1.) eine Wirkung haben, ist eine Hinweisung auf eine andere, schon am gehörigen Orte (Kapitel VII. §. 1.) näher erläuterte Bestimmung. Ueber den nachfolgenden Satz (N. 2.) muß ich mich weiter verbreiten, da ich diese Numer ganz zu streichen rathe, denn über die Wirkungen jeder einzelnen Vermuthung folgen die nothwendigen Bestimmungen nach, und über die Frage, ob durch Verbindung mehrerer Vermuthungen ein vollständiger Beweis hergestellt werden könne, habe ich mich eines besseren belehrt, und glaube nunmehr, dafs das Zusammentreffen aller Umstände unter gewissen

*) v. Globig a. a. O. Th. II. Seite 54.

Voraussetzungen auch in Civilsachen, wie in Strafrechtssachen, einen vollständigen Beweis bewirken könne. Zu der entgegengesetzten Meinung *) hat mich vormals auf dem legislativen Standpunkt die Betrachtung verleitet, daß in Civilsachen der Ergänzungseid die Annahme eines vollständigen Beweises wegen zusammentreffender Vermuthungen entbehrlich macht; allein ich fand viele Fälle, bei welchen ein nothwendiger Eid nicht anwendbar ist, wo man demnach den logischen Beweis als vollständig anerkennen muß, wie die von Amtswegen zu verhängende Entfernung eines untreuen Vormunds und die Ehescheidung wegen Ehebruchs beweiset. Die bisherigen Quellen des Civilrechts in Teutschland waren ohnehin gegen mich, das römische Recht **) erkennt öfters das Zusammentreffen aller Umstände für einen vollständigen Beweis, und das kanonische Recht ***) stimmt hiermit über-

*) im Handbuch Band II. Seite 285. mir folgte Grolman in der zweiten Auflage seiner Theorie des gerichtl. Verf. nachdem er in der ersten Auflage anderer Meinung war.

**) L. 3. §. 4. de suspectis tutoribus und in mehreren anderen oben allegirten Stellen.

***) cap. 12. X. de praesumpt. Weber a. a. O. Seite 122.

ein. Da Weber dieser Gesetzstelle eine andere Wendung zu geben sich bemühet, so will ich sie einer näheren Prüfung unterwerfen.

Der Ehemann hatte gegen seine Frau wegen Ehebruchs auf Ehescheidung geklagt, und Zeugen beigebracht, "firmiter asserentes, quod, postquam mulier cum praedicto viro contraxerat matrimonium, consanguineum viri eiusdem solum cum sola, nudum cum nuda in eodem lecto jacentem, ea, ut credebant, intentione, ut eam cognosceret carnaliter, viderunt, multis locis secretis et latebris ad hoc commodis et horis electis" nun sagt das Gesetz: "quod ex huiusmodi violenta et certa suspicione fornicationis potest sententia divortii promulgari" und Weber sagt, diese Vorschrift gehe überhaupt nur dahin: "wer durch seine Schuld sich in einen solchen Verdacht bringt, gibt dem andern dadurch ein Recht, auf Trennung zu dringen" der wirklich begangene Ehebruch aber werde darum noch nicht als wahr angenommen, folglich könnte weder auf die öffentlichen noch auf die Privatstrafen des Ehebruchs erkannt werden. Die Unrichtigkeit dieser Deutung ist sichtbar, das Gesetz fand hier apertissima rerum argumenta, einen solchen Zusammenfluß naher Vermuthun-

gen, daß über den wirklich vollbrachten Ehebruch kein vernünftiger Zweifel übrig bleibt, denn das Gesetz, nicht zufrieden mit der gewiß höchst verfänglichen Lage im Bette, drängt noch viele heimliche Zusammenkünfte, an geheimen Orten, zu verdächtigen Stunden u. d. zusammen, damit ja der Verdacht zu einer *violenta et certa suspicio fornicationis* steige, zu einem logischen Beweise, um darauf die verlangte Ehescheidung wegen Ehebruchs auszusprechen. Wohin führten uns solche gewaltsame Wendungen der Gesetze? Vor dem Ehegerichte wäre jene Person des Ehebruchs schuldig, weil die deßwegen verlangte Ehescheidung erfolgt, aber weder die privatrechtlichen noch die öffentlichen Strafen des Ehebruchs dürften eintreten! Eine treffliche Einladung zum Ehebruch, denn unter hundert Fällen ist kaum einmal der natürliche Beweis desselben möglich! Unter einer vernünftigen Strafgesetzgebung ist jene Frau des Ehebruchs durch das Zusammentreffen aller Umstände überwiesen, und verfällt in die Strafe, aber die privatrechtlichen Folgen treten nicht ein! Wie inkonsequent diese Deutung ist, erhellet noch mehr, wenn man jene Umstände bei einer Klage wegen außerehelicher Schwängerung als bewiesen voraussetzt, denn kein Gericht

wird Bedenken tragen, den Beweis des Beischlafs für vollständig zu achten, und den Beklagten in die civilrechtlichen Folgen zu verurtheilen. Schon diese Auctorität des römischen und kanonischen Rechts, die anschauliche Nothwendigkeit, hier den Beweis für vollkommen zu achten, und einige andere Fälle aus Erfahrung*) brachten mich von meiner früheren Meinung ab. Auf dem legislativen Standpunkt fand ich hiezu noch folgende Motive; a) im Strafrecht ist es unvermeidlich und gerecht, das Zusammentreffen mehrerer nahen Anzeigen, welche darüber, daß der Angeklagte der Thäter sey, keinen vernünftigen Zweifel übrig lassen, als Beweis anzuerkennen, und hierauf ein Strafurtheil zu gründen. Warum soll dieselbe Ursache im Civilrecht eine geringere Wirkung haben, als im Strafrecht? und würde nicht oft ein unauflösbarer Widerspruch herauskommen, wenn Jemand in Ansehung der Strafe des Verbrechens für überwiesen, in Ansehung des zu leistenden Schadensersatzes nicht für überwiesen zu ach-

*) eine meisterhafte Ausführung eines Beweises der Zehlung durch Vermuthungen findet sich in Stengel praktisch juristischen Ausarbeitungen Band I. Seite 129.

ten wäre? Die Harmonie aller Rechtstheile fordert also, die Verbindung mehrerer Vermuthungen unter bestimmten Voraussetzungen als vollständigen Beweis anzuerkennen. b) Durch Verbindung unvollständiger Beweise kann ein vollständiger Beweis geliefert werden (Kap. X. §. 1. n. 3.); da nun Vermuthungen einem unvollständigen Beweise gleich gelten, da sogar mehrere entfernte Vermuthungen, deren jede für sich nur einem weniger als halben Beweise gleich stehet, ihrer Vereinigung wegen zu einem halben Beweise steigen können (Kap. X. §. 1. n. 2. lit. c.) so muß der Konsequenz wegen die Verbindung mehrerer nahen Vermuthungen, deren jede für sich einem halben Beweise gleich steht, auch für einen vollständigen Beweis gelten. Diesemnach schlage ich vor, die ganze Numer 2. hier zu streichen, und die Zahl der darauf folgenden Sätze zu ändern; im §. 1. des folgenden Kapitels, wo vom zusammengesetzten Beweise gehandelt wird, muß dann wegen Kombination der Vermuthungen noch ein Beisatz geschehen, um zu bestimmen, unter welchen Bedingungen in Civilsachen das Zusammentreffen mehrerer Vermuthungen einen vollständigen Beweis ausmacht.

Schon oben in den Motiven zum Kap. III. §. 2. (S. 363.) habe ich den Unterschied von Vermuthungen angegeben, welcher einem gerichtlichen Verfahren anpaßt, welches die Beweise mit den Streitverhandlungen ohne Interlokut über die Beweislast verbindet. Befreiung von der Beweislast kommt als Wirkung der Vermuthungen nicht weiter vor, als daß eine Parthei, welche sich auf Vermuthungen stützt, diese an jener Stelle, wo sie den Beweis antreten müßte, sich statt anderer Beweismittel auf die Vermuthungen berufen kann, welche ihr zur Seite stehen (Kap. I. §. 2. n. 2.), am Ende der Verhandlungen erscheinen sie immer in der Eigenschaft eines Beweismittels. In dieser Ansicht lassen sich nun zwei Arten von Vermuthungen, jene nämlich, welchen das Gesetz die Wirkung beilegt, daß sie bis zum Beweise des Gegentheils als wahr angesehen werden sollen, von jenen unterscheiden, welchen diese besondere Wirkung durch des Gesetz nicht beigelegt ist. Vermuthungen, welche kraft der Gesetze als Interimswahrheit gelten, behalten zwar (N. 3.) ihre Eigenschaft einer Vermuthung, und können deshalb nicht bloß durch Beweise des Gegentheils, sondern auch durch entgegenstehende Vermuthungen entkräftet werden; sie zeichnen sich aber in dem

Punkte aus, daß sie keiner Bestärkung durch einen nothwendigen Eid bedürfen, wenn sie nicht durch entgegengesetzte Vermuthungen geschwächt sind. Vermuthungen, welche das Gesetz soweit begünstiget, daß sie nur durch einen vollständigen Beweis des Gegentheils entkräftet werden können, (N. 4.) bleiben gleichfalls noch immer Vermuthungen, und von den sogenannten Präsumtionen Juris et de Jure (§. 1.) verschieden, weil sie den Gegenbeweis zulassen, ihre Auszeichnung besteht darin, daß sie durch andere Vermuthungen weder entkräftet noch geschwächt werden können. Alle übrige Vermuthungen sie mögen vom Gesetze anerkannt seyn oder nicht, behalten ihre natürliche vernunftgemässe Kraft; sie bringen *Einzeln* nur Wahrscheinlichkeit hervor, welche auf der Linie des unvollständigen Beweises (N. 5.) steht. Bloße Muthmassungen (N. 6.) dienen zur Unterstützung (adminiculando) anderer unvollständiger Beweise oder Vermuthungen, wenn sie aber allein und ausser Verbindung mit unvollständigen Beweisen oder anderen begründeten Vermuthungen stehen, so kann ihnen eine rechtliche Wirkung nicht beigelegt werden, nicht einmal um die Kraft einer begründeten speziellen Vermuthung zu schwächen.

Zehntes Kapitel.

Vom Schlusse des Beweisverfahrens und
vom Endurtheil.

§. 1.

Wann ein vollständiger oder ein unvollständiger Beweis vorhanden sey?

Die wichtige Materie von Abwägung der Beweise im Allgemeinen und bei Kollision derselben insbesondere mußte ich diesem Kapitel vorbehalten, da sie erst nach Kenntniß der einzelnen Beweismittel ganz verstanden werden kann, und mit dem Endurtheil in näherem Zusammenhang steht. So umfaßt denn dieses Kapitel drei Gegenstände: A) die Abwägung der Beweise sowohl ausser (§. 1. 2.) als im Kollisionsfalle (§. 3 — 8.) B) die Deduktionen über die Beweisführungen (§. 9.) C) das Endurtheil (§. 10.).

Schon bei jedem Beweismittel wurde angegeben, welche Eigenschaften es an sich tragen müsse, um Wahrheit vor Gericht hervorzubringen, bei einigen z. B. dem aussergerichtlichen Geständnisse wurde ihre verminderte Beweiskraft besonders bestimmt, ich konnte

mich also hier (N. 1.) auf eine allgemeine Hinweisung beschränken, die mir zugleich als Uebergang zu den Bestimmungen über unvollständige Beweise diene, wovon der folgende Satz (N. 2.), daß der Beweis nur unvollständig sey, wenn das für ihn sprechende Beweismittel nicht alle gesetzlichen Erfordernisse des vollkommenen Beweises in sich vereinigt, als Gegensatz des ersten von selbst einleuchtet. Für beide Sätze muß aber, um sie richtig und in genauer Verbindung mit den übrigen Bestimmungen aufzufassen, wohl bemerkt werden, daß sie nur von dem *einfachen* Beweise, nicht aber vom *zusammengesetzten* Beweise zu verstehen sind. *Einfach* nenne ich denjenigen Beweis, bei welchem nur ein *einzelner* That-
satz, er mag der Beweissatz im Ganzen, oder ein Theil desselben, oder ein Satz seyn, woraus auf den Beweissatz geschlossen wird, mit *einem* Beweismittel z. B. dem Zeugenbeweise, dem Geständnisse *allein* verglichen und nach *diesem* bemessen wird, ob er vollständig oder unvollständig bewiesen sey; nach diesem Begriffe des einfachen Beweises bildet sich der Begriff des *zusammengesetzten* Beweises*), von wel-

*) Martin Lehrbuch des Proz. §. 223.

welchem sich drei Arten unterscheiden lassen, wie bei den folgenden Nummern 3 und 4 vorkommt.

Vom unvollständigen Beweise hat die Praxis längst drei Grade unterschieden, und es ist merkwürdig, daß Donellus eben der Rechtsgelehrte, welcher zuerst bei der *Culpa* nur zwei Grade aufgestellt hat, nicht umhin konnte, bei dem unvollständigen Beweise drei Grade *) anzuerkennen, wie die Aufstellung eines mittleren Grades, nämlich der Hälfte des vollständigen Beweises, die zwei andern Grade über die Hälfte oder unter derselben gleichsam von selbst vorzeichnet. Der Zeugenbeweis diene zur Versinnlichung jener abstrakten Zeichnung der Grade; bewirken zwei übereinstimmende klassische Zeugen einen vollständigen Beweis, so macht ein klassischer Zeuge, als dessen Hälfte, den halben Beweis, durch einen klassischen Zeugen verbunden mit einem verdächtigen Zeugen wird mehr als halb, und durch einen verdächtigen Zeugen weniger als halb bewiesen.

*) Commentar. Lib. XXIV. c. 19.

An dieser Darstellung fand die neuere Schule *) soviel tadelswerthes, daß sie dieselbe ganz verwarf, und die aus dem unvollständigen Beweise entspringende *Wahrscheinlichkeit* zum Maasstab aufstellte, besonders weil man glaubte, jene drei Grade seyen nur ein arithmetischer Maasstab, der allenfalls auf Beweismittel passe, welche, wie Zeugen von der Quantität abhängen, nicht aber auf Beweismittel, deren Unvollständigkeit auf Eigenschaften beruhen, die sich in Zahlen nicht ausdrücken lassen. Die neuere Schule stellte also den Satz auf, die Stärke des unvollkommenen Beweises mehre oder mindere sich in eben dem Grade, je weniger oder mehr sich das Gegentheil der zu beweisenden Thatsache als möglich denken läßt. Bei schärferem Nachdenken überzeugte ich mich, daß jener Satz zwar im Allgemeinen **) die Grundlage der höheren oder geringeren Wahrscheinlichkeit und der für den unvollständigen Beweis zu bestimmenden Grade ist, daß er aber eine festere Bestimmung der Grade nicht entbehrlich macht, und daß die ältere Darstellung den

(*) Grolman Theorie des gerichtl. Verf. §. 83.
 mein Handb. B. II. Abh. XXXVII. S. 24. 25.

(**) Thibaut Pandekt. B. III. §. 1144.

Vorzug verdient, indem sie mehr dem Unterschied zwischen unvollständigen Beweis und Wahrscheinlichkeit (*probatio incompleta* im Gegensatz der *probabilitas* oder *praesumptio*) anpaßt, und den Richter in Abwägung des unvollständigen Beweises zuverlässiger leitet. Auch die Wahrscheinlichkeit hat Grade, wie der unvollständige Beweis, wollte nun das Gesetz jenen Satz der höheren oder mindern Wahrscheinlichkeit zum Maasstab aufstellen, ohne für diese Grade einige feste Punkte abzustecken, so würde es dem richterlichen Ermessen nach der ganzen Linie der Wahrscheinlichkeit einen nirgends begränzten Spielraum lassen, und gleichsam sovieler Grade annehmen, als Punkte in jener langen Linie liegen; wollte es aber einige Punkte abstecken, so würde es unwillkührlich auf den Mittelpunkt, und mit demselben auf die beiden über und unter demselben liegenden Grade hingeführt, und so hätten wir *mutato nomine* die drei Grade wieder, folglich nichts gewonnen, wohl aber an Festigkeit des Maasstabs verlohren. Jede *Wahrscheinlichkeit* (*Probabilitas*) hat etwas *unbestimmtes* in sich, sie dreht sich im Kreise der *Möglichkeit*, jeder *Beweis* (*Probatio*) hingegen, auch der unvollständige, zeigt etwas *bestimmtes*, welchem öfters zur juristi-

schen Gewissheit nur die Sanktion des Gesetzes abgehet, und welches sogar unter andern Umständen als Gewissheit gilt, wie wir an der Aussage eines Zeugen (Kap. VII. §. 7. n. 3.) sehen. Wer mehr ausgiebt, als seine bekannte Einnahme beträgt, der muß entweder Schulden machen, oder seine Einnahme auf erlaubte oder unerlaubte Art vergrössern; ist aber die hieraus entspringende Wahrscheinlichkeit, daß er Schulden gemacht habe, so bestimmt als die Aussage eines verdächtigen Zeugen, welcher die Thatsache eines Anlehenvertrags aus eigener Wahrnehmung aussagt? Wenn nun der Gesetzgeber für zwei Dinge einen Maasstab braucht, so wird er wohl nicht das Unbestimmte aufstellen, und nach diesem das Bestimmte bemessen, sondern er wird vielmehr seinen Maasstab zuerst nach dem Bestimmten aussprechen, und hiernach analog das Unbestimmte bemessen lassen; aus diesem Grunde fand ich in der älteren Darstellung der drei Grade eine Zuverlässigkeit, welche die neuere Darstellung nicht gewährt, ich behielt daher jene bei *) und bestrebte mich, diesen Gegen-

*) auch v. Globig Theorie der Wahrscheinl. nimmt Th. II. Abschn. XII. §. 13. jene drei Grade an.

stand ohne doktrinelles Gewand durch Sachbestimmungen darzustellen, und so ist es mir, wie ich hoffe, gelungen, diesen wichtigen Gegenstand richtig und praktisch zu normiren.

Das Civilgesetz legt dem unvollständigen Beweise auch in den niedern Stufen, wo das Strafrecht nicht mehr hinreicht, eine Wirkung bei, weil der nothwendige Eid ein Mittel zur Vollständigmachung des Beweises darbiethet, welcher im Kriminalrecht keinen Platz findet. Das Gesetz muß aber, damit man sich nicht in die unzählbaren Abstufungen des unvollständigen Beweises verliert, in der großen Linie, welche vom vollkommenen Beweise bis zur Nulle hinläuft, einige feste Punkte auszeichnen, nach welchen das Gewicht eines unvollständigen Beweises zu bestimmen ist. Billig nimmt man die Mitte zum Anhaltepunkt, nennt sie den *halben* Beweis, und wie die Linie von der Mitte aus zu den zwei entgegengesetzten Endpunkten hinläuft, so sind die beiden andern Grade, nämlich der *mehr* und der *weniger* als halbe Beweis zugleich gesetzt. Diese drei Grade passen nicht nur der *Quantität*, sondern auch der *Qualität* der Beweismittel an, gleich den drei Graden der Culpa, welche, wenigstens vor dem Tribunale der

Vernunft und Legislation, keine Seckte umzustürzen vernag, weil dem *gewöhnlichen* Fleisse des ordentlichen Hausvaters das Ungewöhnliche *über* und *unter* diesem Mittelpunkte zur Seite steht. So behielt ich denn die drei Grade des unvollkommenen Beweises bei, und ich suchte sie mit Vermeidung aller abstrakten Schuldefinition und Division in einer Sachbestimmung so darzustellen, daß sie auf andere Beweismittel angewendet werden können, und hiezu diene mir vor allen der Zeugenbeweis, dessen Vollständigkeit nicht bloß von der *Zahl*, sondern auch von den *Eigenschaften* der Zeugen abhängt, an welchem also sich jene drei Grade mit Anwendung auf Qualität und Quantität am besten erkennen lassen; ich stellte daher (lit. a.) den Zeugenbeweis zuerst hin, und übertrug diesen Maasstab (lit. b.) auf die übrigen Beweismittel. Manche Arten des Geständnisses, verdächtige aber doch im Beweise nicht ganz verwerfliche Urkunden, nicht genau bestimmte Denkmäler, der Augenschein welcher bei einigen Punkten noch einen Zweifel hinterläßt, ein Parere der Sachverständigen, wenn es Etwas als wahrscheinlich aber nicht als gewiß ausspricht, bringen einen unvollständigen Beweis hervor, dessen Grad sich analog nach den Graden des Zeugenbeweises bald

bestimmen läßt. Eben so verhält es sich (lit. c.) mit den Vermuthungen und (lit. d.) ihrer Verbindung mit unvollständigen Beweisen.

Was den *zusammengesetzten* Beweis angehet, so müssen hievon drei Arten sorgfältig unterschieden werden: 1) Es können für einen und denselben Thatsatz Beweismittel von verschiedener Art, deren keines für sich allein vollständig beweiset, vorhanden seyn z. B. eine verdächtige Urkunde und ein anderes aussergerichtliches Geständniss oder die Aussage eines Zeugen oder eine damit ganz harmonisirende nahe Vermuthung. Weil in diesem Falle (N. 3.) die verschiedenen Beweismittel in einem und demselben Thatsatz zusammentreffen, folglich dasjenige, was dem einen Beweismittel an Vollständigkeit mangelt, durch den Beitritt des andern ersetzt wird, so fordert es Konsequenz, hier die Addition zuzulassen, und den Beweis nach dieser Addition zu beurtheilen, demzufolge die Aussage eines klassischen Zeugen verbunden mit einem unzweideutigen aussergerichtlichen Geständnisse durch Addition von *zwei halben* Beweisen *einen vollständigen* Beweis ausmacht. 2) Es kann der Beweissatz selbst aus mehreren Umständen bestehen, von welchen ein und der

andere Umstand nur unvollständig bewiesen ist. In diesem Falle (N. 4.) findet eine Addition der unvollständigen Beweise nicht statt, weil sie in einem Umstand nicht zusammentreffen, weil hier zwar der Beweissatz aus mehreren Umständen zusammengesetzt, der Beweis selbst aber ein in Hinsicht jedes einzelnen Umstands ein einfacher ist. Ein Faktum, welches aus mehreren Umständen besteht, deren jeder für sich eines Beweises bedarf, bildet in Hinsicht auf Beweisführung ein Aggregat mehrerer Beweissätze, und wenn nicht in einem solchen Satze Beweismittel von verschiedener Art zusammentreffen, so ist der Beweis nur ein einfacher, folglich unvollständig. 3) Es können mehrere Thatsätze unvollständig bewiesen seyn, welche aber in dem Beweissatze zusammentreffen; z. B. bei der Klage aus einem Anlehen sagt ein Zeuge aus, der Beklagte habe Zinsen bezahlt, der andere Zeuge, er habe den Gläubiger um Verlängerung des Zahlungstermins gebeten, oder bei dem Rechtsstreit über Einmischung des Erben in die Erbschaft deponirt ein Zeuge, er habe gesehen, daß der Erbe die Früchte von den dazu gehörigen Grundstücken abgeführt, der andere Zeuge, daß der Schuldner eine Erbschaftsforderung an den Erben bezahlt, und

dieser die Zahlung angenommen habe. In diesem Falle, welchen die Praktiker unter dem Namen *Singularitas testium* behandeln, wäre der Beweis vollständig, wenn man die *Beweismittel* auf den Satz beziehen dürfte, welcher aus den Umständen folgt, worüber sie ausgesagt haben; da aber in Ansehung jedes Umstands, woraus auf das Beweisthema geschlossen werden soll, nur ein unvollständiger Beweis vorliegt, die Beweismittel also nicht unmittelbar in demselben Thatsatze zusammentreffen, so ist auch der Beweis im Ganzen unvollständig, denn es gilt hier dem künstlichen Beweise, dessen Vollständigkeit (Kap. IX. §. 1.) bedingt ist durch Gewissheit der Vordersätze.

Hier begegne ich nun der Frage, ob durch *Zusammentreffen mehrerer Vermuthungen ein vollständiger Beweis hergestellt werden könne?* Um keines Widerspruchs mit dem eben Gesagten, beschuldigt zu werden, wenn ich unter bestimmten Voraussetzungen die Frage bejahend beantworte, bemerke ich, daß ich allemal Gewissheit oder einen vollständigen Beweis der Thatsache erfordere, auf welche die Vermuthung gegründet wird: ich bemerke ferner, daß ich in jenen Fällen, wo ein *Ergänzungseid* (*suppletorium*) eintreten kann, den-

(N. 1.) der vollständige vor; nur eine Ausnahme findet sich (§. 7. n. 2.) bei dem Zeugenbeweise. Sind 2) die kollidirenden Beweise *gleich* vollständig oder unvollständig (N. 2.), so destruiren sie sich, wenn nicht der Vorzug eines Beweismittels den Ausschlag giebt. Sind 3) die kollidirenden Beweise unvollständig aber im ungleichen Grade, so wird (Num. 3.) nur dann auf einen nothwendigen Eid erkannt, wenn das Uebergewicht für den Produzenten ist. Diese Bestimmungen gelten auch (N. 4.) für Vermuthungen.

Dafs, wenn sich die Beweise ganz destruiren, nicht für den Beklagten, wie man sonst lehrte, sondern gegen den Produzenten gesprochen werden mufs, habe ich früher *) bewiesen, und ist nunmehr allgemein anerkannt.

§. 5.

Insbesondere von Kollision der Beweismittel.

a) *Des Augenscheins und der Sachverständigen mit andern Beweismitteln.*

Mit der Kollision der Beweismittel darf der Beweis der Falschheit eines Beweismittels nicht vermischt werden; der Eid, welcher kei-

*) Juristische Abhandl. Th. I. Abh. 5.

nen Gegenbeweis zuläfst, also mit andern Beweismitteln eigentlich nicht in Kollision kommt, kann doch wegen Meineids durch den Beweis des *falschen* Eidschwurs angefochten werden, gegen Zeugen kann der Beweis der Bestechung oder des falschen Zeugnisses durch Urkunden sogar als durch Zeugschaft und durch Zeugen der Beweis von der Fälschung einer Urkunde hergestellt werden. Hier ist sogar das Beweisthema verschieden, denn es stehen nicht Zeugen unter sich oder mit Urkunden ihrem Inhalt nach im Widerspruch, und es gilt nicht der Frage, welches Beweismittel aber das *bisherige* Beweisthema den Vorzug verdiene, sondern es gilt vielmehr der ganz neuen Frage mit einem andern Beweisthema, ob nämlich das Beweismittel falsch sey. Ferner kommen nach dem Vorgehenden die Bestimmungen über Kollision der Beweismittel erst dann zur Anwendung, wenn sich die Beweise ihrem Grade nach das Gleichgewicht halten, denn es unterliegt keinem Zweifel, daß die Aussage zweier klassischen Zeugen, welche über den Zustand einer Sache, wie er *gewesen* ist, übereinstimmend aussagen, den Vorzug hat vor einem Parere der Sachverständigen, welche aus dem dermaligen Zustand nicht mit Bestimmtheit, sondern nur mit Wahrscheinlichkeit über den

vorigen Zustand urtheilen. Dafs nur in Fällen, wo es auf den Befund der Sache ankommt, der Augenschein und das Parere der Sachverständigen allen andern Beweismitteln vorgehe, leuchtet von selbst ein; nicht einmal das gerichtliche Geständnifs konnte ich hievon ausnehmen, theils weil die Merkmale der Streitsache mehr Gegenstände der richterlichen Reflexion als eines Geständnisses sind, theils weil es ein wahres Skandal seyn würde, wenn der Richter etwas gegen den Befund als wahr annehmen, und wegen des Geständnisses in einem Urtheil aussprechen dürfte, dafs ein Graben, den er acht Schuhe breit gefunden, und so in den Akten beschrieben hat, nur sechs Schuh breit, oder dafs ein den Einsturz drohendes Gebäude nicht auffällig sey. Jedoch setzte ich mit Vorsicht bei: "*wo es auf den Befund ankommt*" streitet man über die Grenzen, wie sie wirklich sind, so entscheidet der Augenschein vor den Zeugen, streitet man darüber, wie sie seyn sollen, so können Urkunden oder Zeugen (Kapitel VI. §. 15.) den Vorzug haben. Von Kollision der Sachverständigen unter sich konnte ich nichts sagen, weil bei denselben der Fall einer Kollision nicht denkbar ist, sie mögen von gleicher oder von höherer Art seyn, denn dort entscheidet unter ihnen

ihnen Stimmenmehrheit, hier ihre Eigenschaft der höheren Instanz.

§. 6.

b) Der Urkunden mit Urkunden.

Bei Urkunden kommt öfters die uneigentliche Kollision vor, wenn nämlich eine die andere, ohne gegenseitig im Widerspruch über denselben Beweissatz zu stehen, ergänzt, abändert oder aufhebt, wie das neuere Testament das ältere, der neuere Vergleich die vorigen Verträge, die Quittung den Schuldbrief. Von dieser kann hier die Rede nicht seyn, sondern vom eigentlichen Widerspruch der Urkunden unter sich. Unstreitig hat nun jene Urkunde den Vorzug, welche die Quelle der andern ist; diese Regel (N. 1.) gilt für alle, selbst für gerichtliche Urkunden, wenn ihnen eine Privat-urkunde zum Grunde liegt, und diese etwa nicht vollständig oder genau in jene übertragen wurde. Unter gleichen Umständen entscheidet (N. 2.) die öffentliche Urkunde vor der privaten. Bei Urkunden gleicher Art (Num. 3.) habe ich nach der trefflichen Bestimmung des *preussischen Rechts* *) jener Urkun-

*) Prozeßordnung Titel XIII. §. 15. Auch die Harmonie korrelativer Urkunden kann, wie

de den Vorzug eingeräumt, welche ihrer grösseren Deutlichkeit und Genauigkeit wegen die höhere Wahrscheinlichkeit für sich hat.

§. 7.

c) Der Zeugen mit Zeugen.

Vordersamst müssen bei dem Kollisionsfalle die *verneinenden* Zeugenaussagen *) näher betrachtet werden. Jene Zeugen, welche nur *unbestimmt* aussagen, daß sie einen Umstand nicht wissen, können als widersprechende Zeugen gar nicht betrachtet werden, weil sie eigentlich *Nichts* aussagen, und von ihnen gilt das Axiom: *Testis unicus affirmans plus valet, quam mille negantes*. Wenn aber ein Zeuge *bestimmt* ein Faktum verneint, wenn seine Aussage die Behauptung einer Negation ist, wenn er z. B. aussagt, der A. sey bei Errichtung des Testaments *nicht* anwesend gewesen, der B. habe bei einem Raufhandel *nicht* geschlagen, der C. habe *keine* Waffen getragen, bei einem Vortrage sey über die Meubles *nichts* bedungen worden, so ist dieses ei-

oben bei Handelsbüchern (Kap. VI. §. 12.) gezeigt wurde, den Ausschlag geben. v. Globig Theorie der Wahrsch. Th. II. Seite 251.

*) Hierüber verdient besonders v. Globig a. a. O. Th. I. S. 187. verglichen zu werden.

ne bestimmte Aussage einer Negation, welche mit den Aussagen anderer Zeugen, die das Gegentheil behaupten, in einem wirklichen Widerspruche steht, und wobei jenes Axiom nicht einschlägt.

Im Falle eigentlich kollidirender Zeugen kommt es nun zunächst darauf an, ob die kollidirenden Zeugenbeweise unvollständig oder vollständig sind. Im ersten Falle (N. 1.) wobei sowohl die Zahl als die Qualität der Zeugen und ihrer Aussagen zu berücksichtigen ist, destruiren sich die Kräfte, soweit sie gleich sind, das übrig bleibende entscheidet über das Erkenntniß auf den nothwendigen Eid, und wenn sich kein Uebergewicht zeigt, so geben die unter Nummer 3. vorkommenden Rücksichten den Ausschlag, doch so, daß hiernach auf den nothwendigen Eid erkannt wird.

Ist die Kollision so beschaffen, daß für den Satz ein vollständiger, für den Gegensatz ein unvollständiger Beweis vorliegt, so gebietet (N. 2.) die *Gleichartigkeit* des kollidirenden Mittels, daß man von den Kräften, welche den vollständigen Beweis hervorbringen, die Kräfte des unvollständigen Beweises subtrahirt, und den Zeugenbeweis *im Ganzen* nach dem Ueberfluß bemißt. Wenn zwei Zeugen etwas aussagen, von welchem ein

Zeuge das Gegentheil behauptet, so destruiert sich ein Zeuge von beiden Seiten, nur einer bleibt übrig, und es wird auf einen nothwendigen Eid erkannt, denn der Beweis durch Zeugen, der im Gegensatz eines unvollständigen Beweises auf einem so feinem Punkte ruhet, muß sich der Abrechnung des Gegengewichts unterwerfen.

Ganz andere Rücksichten aber entscheiden alsdann, wenn *vollständige* Zeugenbeweise kollidiren, denn hier ist von *beiden* Seiten der Kulminationspunkt juristischer Gewissheit erstiegen, über welchen es keine Stufe giebt, hier ist keine Subtraktion mehr zulässig, hier verträgt die *Qualität* juristischer Gewissheit keine *quantitative* Abwägung. So lächerlich es wäre, wenn ein Gesetz sagen wollte, dreissig Zeugen machen gegen achtundzwanzig einen vollständigen Beweis, eben so insonsequent wäre es, wenn man fünf Zeugen gegen drei als vollständigen Beweis ansähe, denn sobald zwei gleiche *Qualitäten*, die keine höhere Stufe erkennen, in Kollision stehen, ist *arithmetische* Abrechnung ausgeschlossen. Schon das römische Recht hat dieses in der bekannten Stelle *) ausgesprochen, und neueren Legislatio-

*) L. 21. §. 3. D. de Testibus. "Si testes omnes eiusdem honestatis et existimationis sint, et

nen nur die Aufgabe übrig gelassen, deutlicher zu bestimmen, was dem Rechtsgelehrten Arcadius dunkel vorschwebte. Diese Aufgabe (N. 3.) suchte ich in drei Hauptsätzen nach dem Vorbild der preussischen Gerichtsordnung *) zu lösen, weil hier zuerst die höhere Glaubwürdigkeit der Zeugen entscheidet, welche nicht nach persönlichen Eigenschaften, die bei klassischen Zeugen als dem Kulminationspunkte ebenfalls gleich stehen, sondern nach ihrer *genaueren Wissenschaft* und *bestimmterer Aussage* bemessen wird, und dann erst, wenn hier kein Uebergewicht sich zeigt, auf die höhere *objektive* Wahrscheinlichkeit des Thatsatzes, Rücksicht genommen werden muß, jedoch nicht weiter, als die Wahrscheinlichkeit einem halben Beweise gleich gilt. Zeigt

negotii qualitas ac iudicis motus cum his concurrat, sequenda sunt omnia testimonia: si vero ex his quidam eorum aliud dixerint, licet impari numero, credendum est, (sed) quod naturae negotii convenit, et quod inimicitiae aut gratiae suspicione caret: confirmabitque iudex motum animi sui ex argumentis et testimoniis (et) quae rei aptiora et vero proximiora esse compererit: non enim ad multitudinem respiciendum oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia, quibus potius lux veritatis adsistit."

*) Prozeßordnung Tit. XIII. §. 16.

sich auch hieraus kein Uebergewicht, so heben sich die vollständigen widersprechenden Beweise ganz auf, und es muß gegen den Produzenten erkannt werden. In diesem Punkte weiche ich von der *preussischen* Gesetzgebung ab, welche in diesem Fall auf die *Zahl der Zeugen* Rücksicht zu nehmen befiehlt, um hiernach bestimmen zu lassen, ob und von welcher Parthei annoch ein Eid gefordert werden soll; ich halte es für überflüssig, die Gründe anzugeben, warum ich dieser Bestimmung nicht beipflichten konnte.

§. 8.

d) *Der Urkunden mit Zeugen.*

Auch bei Urkunden im Verhältniß zu Zeugen kann eine uneigentliche Kollision (Num. 1.) in dem Fall vorkommen, wenn der Zeugenbeweis die Richtung hat, eine Urkunde als falsch oder unächt darzustellen; wenn z. B. die angeblichen Instrumentszeugen die in einer Urkunde vorkommende Unterschriften eidlich ableugnen, oder aussagen, daß jenes Instrument nur simulirt war, oder daß es verfälscht wurde. Hier ist keine wahre Kollision vorhanden, und es kommt nur darauf an, ob die Thatfachen, worüber die Zeugen deponiren, die Glaubwürdigkeit des Instruments entkräften, und wie weit sie durch

Zeugen bewiesen sind. Die eigentliche Kollision aber (N. 2.) ist vorhanden, wenn ohne Anfechtung des Dokuments die Zeugen das Gegentheil von dem aussagen, was ein Dokument enthält. Durch eine Stelle des kanonischen Rechts *) hat sich die Meinung festgesetzt, daß drei Zeugen gegen eine öffentliche Urkunde das Uebergewicht haben, woraus dann folgt, daß gegen eine Privaturkunde zwei Zeugen wenigstens einen gleich starken Gegenbeweis liefern. Sind Dokumente unberedete todte Zeugnisse, so kann der Vorzug der lebendigen Zeugnisse nur auf der Voraussetzung ruhen, daß Dokumente die Sache so, wie sie sich zutrug, nicht immer darstellen; der Schuldbrief wird oft vor empfangenem Darlehen ausgestellt, und bei Kontrakten manches durch mündliche Verabredung beigesetzt; Zeugen hingegen können über die Sache, wie sie vorgieng, aus eigener Wahrnehmung deponiren; eben dieser Grund zeigt, daß in den aufgezählten vier Fällen die Urkunde den Vorzug vor den Zeugenaussagen hat, womit auch die preussische Gerichtsordnung übereinstimmt.

§. 9.

Deduktionen über den Beweis.

Nach den Beweisführungen liegt öfters viel an einer lebendigen und eingreifenden Zusammenstellung ihres Resultats, besonders

*) cap. 10. X. de fide instrumentorum. Das römische Recht räumt im L. 10. D. de testibus den öffentlichen Urkunden den Vorzug ein.

bei dem künstlichen Beweise oder im Fall einer Kollision der Beweise; das Gesetz würde demnach die Rechtsvertheidigung unvollkommen lassen, wenn es den Partheien nicht erlaubte, eine besondere Deduktion zur Vertheidigung des Beweises zu übergeben. Die Praxis nennt sie von der Seite des Beweisführers *Salvations* - von Seite des Gegentheils *Impugnations* - Schrift; gewöhnlich tragen diese Deduktionen beide Eigenschaften zugleich an sich, indem eine Parthei ihren Beweis vertheidiget, und den Beweis ihres Gegners anficht. Doch ist Vorsorge getroffen, daß diese beiden Schriften keinen merklichen Aufenthalt verursachen. Ueber den Bau dieser Schriften habe ich besondere Vorschriften für zweckmässig geachtet.

§. 10.

Vom Endurtheil.

Ueber das Endurtheil hatte ich nach den früher gegebenen allgemeinen Normen (Buch I. Kap. V. §. 19.) hier wenig mehr zu bemerken. Der Richter muß alles, was in Haupt- und Nebenpunkten zur Entscheidung reif ist, in einem Urtheil entscheiden. Aus eben diesem Grunde muß er auch bei dem Erkenntniß auf den nothwendigen Eid für beide mögliche Fälle des geleisteten oder verweigerten Eides das Rechtsverhältniß unter den Partheien aussprechen, weil er sonst ohne Noth Urtheile und Appellationen, also den Verlust an Zeit und Kosten vermehrt.

schon bei der Beweislast unnatürlich beschränkt haben. In manchen Gerichtshöfen herrschte die Meinung, daß einfache Vermuthungen, welche von der Beweislast nicht befreien, auch im Beweise selbst nur beihülfsweise (*adminiculando*) nicht aber selbstständig wirken, daß also Vermuthungen *allein* und ohne Unterstützung eines anderen unvollständigen Beweises zur Begründung des Ergänzungseides nicht hinreichen. Wer möchte aber in dem von Schneider*) erzählten Falle, wo der in Anspruch genommene Schuldner zum Beweise der Zahlung sich darauf beruft, daß die Schuld schon vor vielen Jahren entstanden sey, daß sein Gläubiger ihm seit der Zeit mehrmals Zahlungen, ohne dieser Schuld zu erwähnen und deren Kompensation zu verlangen, geleistet habe, daß derselbe seines Geldes bedürftig, er aber in solchen Umständen gewesen sey, um keiner Nachsicht zu bedürfen u. d. Bedenken tragen, auf den Ergänzungseid zu

*) Vom rechtl. Beweise §. 53. einen ähnlichen Fall schön und scharfsinnig bearbeitet liefert Stengel prakt. jurist. Ausarbeit. B. I. Seite 129. Schon Crell hat diesen Satz gründlich bewiesen in der Dissert. de jurejur. suppletorio, quod sine probatione decernitur in Diss. Crellian. fasc. X.

erkennen, wenn der Beklagte ein ganz unbescholtener Mann ist? Einen andern Fall kenne ich aus Erfahrung, ein Bürger entlehnte von einem Kaufmann in einer Handelsstadt tausend Gulden, und gab ihm au Porteur lautende Staatspapiere, jedoch ohne die dazu gehörigen Coupons als Pfand. Nach einem Jahre schrieb der Kaufmann seinem Schuldner, er brauche sein Geld, und da kurz nachher dieser durch die Stadt des Kaufmanns reiste, so ward er mit dem Gläubiger einig, daß die zum Pfand gegebenen Staatspapiere verkauft (*umgesetzt* in der Handelssprache) werden sollten, und weil zu diesem Umsatze der Gläubiger die dazu gehörigen Zinsen-Coupons brauchte, so schrieb der Bürger seiner Frau, sie sollte dem Kaufmann diese Coupons schicken. Dies geschah, und der Kaufmann antwortet ihr, er werde nunmehr nach der Disposition ihres Manns verfahren. Es war im April, wo man schon voraussah, daß der Staat in einen neuen Krieg verwickelt und der Kurs seiner Papiere merklich fallen werde, wirklich fielen auch die Papiere des Krieges wegen bis zum Oktober um 25 bis 30 Prozent. Hierüber entstand ein Streit, indem der Kaufmann anfangs diese Staatspapiere noch für unverkauft angab, und auf Zahlung des Anle-

hens

hens drang, nachher aber, als der Schuldner im Exekutivprozesse Zahlung mit Vorbehalt der Nachklage leisten wollte, aber verlangte, jene Staatspapiere sollten gerichtlich veräußert werden, vorgab, daß er sie schon — aber erst im Oktober bei den um 25 Prozent niedrigerem Kurse — verkauft habe. Der Streit drehte sich um die Frage: ob der Gläubiger im April zum Verkaufe der Staatspapiere bevollmächtigt, und zwar ohne Vorbehalt der Ratifikation bevollmächtigt war? Der Beweis konnte nur durch Vermuthungen geführt werden, da die Sache bei Anwesenheit des Schuldners im Hause des Kaufmanns mündlich beschlossen wurde. Der Schuldner führt an a) daß die Uebersendung der Coupons gar keinen anderen Zweck, als den Verkauf der Papiere gehabt, denn zum Pfande hatte sie der Gläubiger weder verlangt noch nothwendig, b) daß der bevorstehende Fall des Kurses allgemein bekannt war, und diesem nur durch den schnellen Verkauf vorgebeugt werden konnte; c) daß der Gläubiger Bezahlung verlangt hatte, und diese am ersten durch den Verkauf der Obligationen geschehen konnte, wozu er die Coupons nothwendig und erhalten hatte; d) daß der Vorbehalt der Ratifikation ganz zweckwidrig gewesen seyn würde, indem der

Kurs aus den öffentlichen Kurszetteln bekannt ist, und bei solchen Geschäften der Moment benützt werden muß, welches wegen der Entfernung des Ortes, wo der Schuldner lebte, schon nicht möglich gewesen wäre; e) daß die früher verlangte und erfolgte Zusendung der Coupons mit einem Vorbehalt der Ratifikation im Widerspruch stehe, indem ja, diesen Vorbehalt vorausgesetzt, der Schuldner die Coupons behalten und mit der Ratifikation übersendet hätte; f) daß er mit dem Kaufmann schon längere Zeit in Verkehr gestanden sey, und dieser für ihn Staatspapiere von viel höherem Betrage gekauft und verkauft habe, ohne daß jemals von einer Ratifikation die Rede war. Auf diese Gründe verlangte der Schuldner zum suppletorischen Eide zugelassen zu werden, worauf auch die oberste Instanz mit vollem Rechte erkannte, nachdem die vorige Instanz das Urtheil gegen den Schuldner zum Vorthail jenes Kaufmanns gefällt hatte. Solche Beispiele zeigen, wo das Gesetz helfen muß, um die Gerichte auf die rechte Bahn zu leiten! Daher mußte zuerst der Satz hingestellt werden, daß durch Zusammentreffen mehrerer Umstände ein mehr als halber (folglich auch ein halber) Beweis hergestellt werden könne, dessen Wirkung dem folgenden

§. 2. num. 2. gemäß im Erfüllungseide besteht. Diese Stellung, welche bei Vermuthungen den nothwendigen Eid zur Regel, und nur bei jenen Fällen, wo ein nothwendiger Eid nicht eintreten kann, eine Ausnahme macht, gewährt einen zweifachen Vortheil; sie beschränkt einestheils die Entscheidung aus blossen Vermuthungen, die man stets als Ausnahme betrachten muß, auf jene Fälle, wo es jener Ausnahme bedarf, anderntheils erleichtert sie den Richter bei jenen Fällen, wo ein Erfüllungseid passend ist, in der Beurtheilung, denn der Grad von Wahrscheinlichkeit zum suppletorischen Eide ist leichter gefunden, als der die volle Gewissheit erreichende Grad, und wer die Gerichtshöfe kennt, der wird jene Erleichterung für einen nicht unbedeutenden Gewinn halten.

Nun bleibt die Ausnahme übrig, zu welcher jene Fälle gehören, bei welchen ein Erfüllungseid nicht statt findet*), denn hier tritt

37*

*) Ob man hieher auch den Fall rechnen will, wenn derjenige, welchem die Vermuthungen zur Seite stehen, aus bestimmter Wissenschaft nicht schwören kann, und aus Zartheit des Gewissens sich den Erfüllungs-

das Civilrecht in den Nothstand ein, den wir am Kriminalrecht längst erkannt haben, aus der Harmonie der Vermuthungen einen vollständigen Beweis entstehen zu lassen.

Der Gesetzgeber muß in Festsetzung der Normen, und der Richter in Anwendung derselben stets den Gesichtspunkt einhalten, daß im Leben nichts isolirt da stehet; eine Begebenheit ist an die andere gereiht durch das Band, welches die Ursache mit der Folge knüpft, ein Faktum ist eine Reihe von Begebenheiten, die sich an einander reihen, eine Kette von Umständen, welche einer Handlung vorhergehen, sie vorbereiten, dann sie vom Anfang bis zum Ende begleiten, und ihr nachfolgen; nur dann also kann mit Zuverlässigkeit aus den Umständen geschlossen werden, wenn sie sich *harmonisch* *) in dem Beweissatze vereinigen, nur dann liegt die Evidentia facti durch den logischen Schluß vor Augen, nur dann haben

eid vom Nichtwissen verbittet, ist problematisch.

*) Grolman Criminalrecht §. 448. Stübel über den Thatbestand §. 261. f. v. Globig a. a. O. Th. II. Abschn. IV. besonders §. 9. und Abschn. VIII. §. 15.

wir apertissima rerum argumenta, deren Kraft der Gesetzgeber dem vollständigen Beweise gleich achten kann. Diese *Harmonie* aller Umstände bei physischen Erscheinungen nach den Verhältnissen vor- bei und nach einer Begebenheit, bei menschlichen Handlungen die wahrscheinlichen Zwecke des Handelnden, seine vorhergegangenen und nachgefolgten Aeusserungen über den Gegenstand, die von ihm zur Erreichung seines Zweckes getroffenen Vorbereitungen, sein Benehmen vor- und nach dem Ereigniß, alle Umstände unter welchen die That vollzogen wurde, sie mögen ihr vorhergegangenen, ihr gleichzeitig oder ihr nachgefolgt seyn, alles dieses muß der Richter genau erwägen, die Verkettung aller Verhältnisse und Umstände auffassen, und wenn Alles harmonisch im Beweissatze zusammentrifft, wenn ihm kein *gegründeter* Zweifel gegen die Wahrheit des Beweissatzes übrig bleibt, so tritt auch die Wahrheit mit Wirkung vor Gericht in eben jener Stärke an den Tag, welche das Gesetz dem Zusammentreffen zweier Zeugen in einem Thatsatze beilegt.

Bei Festsetzung bestimmter Regeln begegnet man dem wichtigen Unterschied, ob Vermuthungsgründe mit einem bestimmten, aber

unvollständigen Beweise zusammentreffen, oder ob der Beweis blos durch Vermuthungen hergestellt werden soll. Im *ersten* Falle (lit. a.) äussert der unvollständige Beweis die besondere Wirkung, dass eine minder starke Unterstützung durch Vermuthungen jenen unvollständigen Beweis zum vollständigen erheben kann, weil derselbe für den Beweissatz einen bestimmten unmittelbaren und nicht blos auf Folgerungen ruhenden Erkenntnisgrund liefert. Hier zeigt auch der Unterschied zwischen den drei Kathegorien der Vermuthungen (Kapit. IX. §. 2.) seinen Einfluss; der Schluss vom Subjekte auf das Prädikat oder von der Ursache auf die Wirkung ist für sich so bindend, dass schon *eine* darauf gebaute Vermuthung, mit einem andern unvollständigen Beweise verbunden, zur juristischen Gewissheit hinreichen kann; bei der Folgerung aus dem Verband der Umstände hingegen werden wenigstens zwei harmonische Umstände und darauf begründete Vermuthungen erfordert, weil von einem Umstand allein mit Zuverlässigkeit auf seinen Zusammenhang mit dem Beweissatze nicht geschlossen werden kann.

Im *zweiten* Falle aber (lit. b.) können Vermuthungen nur dann einen vollständigen Be-

weis hervorbringen, wenn 1) mehrere spezielle und nahe Vermuthungen vorhanden sind, wenn zugleich 2) alle bekannten Umstände, die vorausgehenden, gleichzeitigen und nachfolgenden, soviel davon auszumitteln waren, in der zu beweisenden Thatsache übereinstimmen, wenn sie ferner 3) durch andere Vermuthungen nicht geschwächt sind, daher 4) keinen vernünftigen gegründeten Zweifel an der Wahrheit des Beweissatzes übrig lassen. Der richtige und tiefe Blick in das Zusammentreffen aller Umstände, in ihre Verbindung mit der Hauptbegebenheit, und wie sich alle Phänomene vernünftiger weise und nach bekannter Erfahrung mit Rücksicht auf alle objektive und subjektive Verhältnisse nur in Voraussetzung der Wahrheit des Beweissatzes befriedigend erklären lassen, dieser ist es, der hier leitet und entscheidet. Der Beweis aus harmonischen Vermuthungen erfordert bei der Beurtheilung mehr Aufmerksamkeit und Erfahrung, und bei der vorarbeitenden Deduktion der Partheien mehr lebendige eingreifende Darstellung als jede andere bestimmte Beweisart. Zwei Extreme sind sorgfältig zu vermeiden, einerseits darf man für eine Hypothese keine vorgefaßte Meinung haben, und hieran mit geschraubten unnatürlichen Wendungen die übrigen Erscheinungen

nicht anknüpfen, alles muß in seinem einfachen, klaren Zusammenhang aufgefaßt und beurtheilt werden; anderseits darf der Richter sich in seinem Urtheil durch die entfernte Möglichkeit des Gegentheils, welche keinen speziellen durch andere Umstände unterstützten Vermuthungsgrund für sich hat, nicht abhalten lassen. Auch die übereinstimmende Aussage zweier klassischer Zeugen läßt das Gegentheil noch im Reiche der *Möglichkeit* denkbar, aber im Reiche der *Wirklichkeit* wo es auf *Wahrheit vor Gericht* ankommt, gilt jene als juristische Gewissheit, und das Zusammentreffen aller Vermuthungen und Umstände als logischer Erkenntnißgrund der *Wahrheit vor Gericht* stehet auf eben derselben Linie.

Daß übrigens die Thatsachen, worauf sich jede Vermuthung gründet, vollständig *) bewiesen seyn müssen, versteht sich nach dem, was oben (Kap. IX. §. 1.) gesagt wurde, von selbst, doch ist nicht nothwendig, daß jeder faktische Vermuthungsgrund eigene Beweismittel habe; dieselben Zeugen, dieselbe Urkun-

*) v. Globig Theorie der Wahrscheinl. Th. II. Abschn. IV. §. 1.

de, derselbe Augenschein und dasselbe Gutachten der Sachverständigen können zum Beweise mehrerer Vermuthungen zugleich *) dienen.

§. 2.

Worauf bei dem unvollständigen Beweise zu erkennen ist?

Auf unvollständigen Beweis allein kann ein Endurtheil nicht gebaut werden, denn dieses fordert juristische Gewissheit. In Civilsachen bleibt daher kein anderes Mittel übrig, als auf die Moralität der streitenden Theile mittelst eines Eides (Num. 1.) zurückzugehen, welcher nothwendig heisst, theils weil ihn wegen Unzulänglichkeit anderer Beweismittel gesetzliche Nothwendigkeit herbeiführt, theils weil derjenige, welchem ihn der Richter aufträgt, denselben seinem Gegentheile nicht zuwälzen kann. Nicht nach der Eigenschaft des Klägers, sondern nach der Eigenschaft des Beweisführers erhält er den Namen Erfüllung- oder Reinigungseid (*Juramentum suppletorium vel purgatorium*).

Die Frage selbst, auf welchen Eid zu erkennen sey, ist deßwegen von höchster Wich-

*) v. Globig a. a. O. Th. II. S. 307. in der Anmerk.

tigkeit, weil durch ihn der Ausgang des Streits von der Moralität jener Parthei abhängt, welcher er zuerkannt wird. Desto mehr wunderte ich mich, hierüber in Gesetzen sowohl als unter den Rechtslehrern verschiedene, nicht genug feste Bestimmungen, insbesondere aber zuviele Rücksicht auf *subjektive* Verhältnisse der Partheien anzutreffen, wo doch zunächst die *objektiven* Verhältnisse des unvollständigen Beweises die Richtschnur seyn sollen.

Zuerst entscheidet der Grad des unvollständigen Beweises (Num. 2.) dafür, daß *ohne Ausnahme* bei dem mehr als halben Beweise auf den Erfüllungseid, bei dem weniger als halben Beweise auf den Reinigungseid zu erkennen ist. Mag auch der Beweisführer nur vom Nichtwissen schwören können, oder der Gegenstand des Streits eine begünstigte Sache seyn, darauf kann es nicht ankommen, denn der Grad des Beweises wiegt alle diese Rücksichten auf.

Bei dem halben Beweise (N. 3.) denken Manche, die Gründe der Wahrscheinlichkeit seyen im Gleichgewicht, daher lassen sie entweder den Reinigungseid zu, oder räumen dem Richter die Macht ein, jener Parthei den

Eid aufzutragen, von deren subjektiven Eigenschaften die grössere Wahrhaftigkeit zu erwarten ist. Allein diese Ansicht ist falsch, denn derjenige, welcher nach Abwägung aller Beweise noch einen halben Beweis für sich hat, verdient unter gleichen Umständen den Vorzug vor seinem Gegner; daher gestehe ich in der Regel dem Produzenten den Erfüllungseid zu, von der man jedoch einige Ausnahmen (N. 4.) machen muß. Die *erste* Ausnahme leite ich aus der Wissenschaft ab, wenn nämlich der Produzent nur vom Nichtwissen, der Produkt aber aus bestimmter Wissenschaft über den Beweissatz schwören kann. Die *zweite* Ausnahme leite ich, gleiche Wissenschaft vorausgesetzt, vom Streitgegenstande ab, um jenen zum Eide vor dem andern zuzulassen, der ihn für eine vom Gesetze begünstigte Sache schwören will z. B. für die Legitimität eines Kindes, für die Aufrechthaltung einer Ehe, für den Rechtsbestand eines letzten Willens u. dgl. Die *dritte* Ausnahme entspringt aus dem Verhältniß der Partheien bei dem Streit, wenn nämlich eine Parthei die Abwendung eines beträchtlichen Schadens am Vermögen, die andere Parthei aber einen Gewinn bezieht; nicht also wenn der Streitgegenstand von grossem Belange ist, sondern nur alsdenn, wenn

die Sache von Belange ist, und nebst dem Eine Parthei de damno vitando, die andere aber de lucro captando streitet. Man kann die Nummer 4 vor den Worten "nur dann auf den Reinigungseid" setzen und dann diese drei Fälle durch Buchstaben unterscheiden. Mancher wird vielleicht hier die in Gesetzbüchern und bei Praktikern gewöhnliche Ausnahme vermissen, wenn der Produkt eine mehr glaubhafte Person ist, als der Produzent. Allein diese Ausnahme führt zu einem eben so willkührlichen als gehässigen Unterschied der Menschen, denn oft schlägt unter dem dürftigen Kleide (*Horazens proba pauperies*) ein eben so edles Herz, als unter verbrämten Röcken, dem gemeinen Volke ist der Eid so heilig als den höheren Ständen, und es ist eine bedenkliche Sache, wenn das Gesetz den Richter in die Verlegenheit einer solchen Abwägung der persönlichen Glaubwürdigkeit ohne sichern Maasstab versetzen will. Auch war in meinem Systeme diese Ausnahme entbehrlich, denn ist der Produzent ein erwiesenermassen verdächtiger Mensch, und hat diese Eigenschaft einen Einfluß auf die Wahrscheinlichkeit des Beweissatzes, so kann diese Muthmassung oder entfernte Vermuthung den an sich halben Beweis soweit schwächen, daß er

des Beweisverf. und vom Endurtheil. 589

zu einem weniger als halben Beweise herabfällt, und dann den Reinigungseid begründet.

§. 3.

Von Kollision des Beweises einer Behauptung mit dem Beweise einer Einrede.

In Prozessen durchkreuzen sich öfters die Beweise der Partheien auf vielfache Weise, und das Gesetzbuch muß auch über Kollision der Beweise *) die Normen enthalten. Auch hier begegneten mir in Gesetzbüchern und bei den Rechtsgelehrten viele Sätze, die einer Abänderung bedürfen.

Vor allem muß die *uneigentliche Kollision* ausgeschieden werden, welche vorhanden ist, wenn Beweise von zwei Behauptungen gegenüber stehen, die sich zueinander verhalten, wie Klage zur Einrede; denn hier sind nicht die Beweise, sondern vielmehr die Behauptungen in Kollision, wie ich schon oben (zum Kap. III. §. 3.) gezeigt habe, nicht der Beweis der Einrede hebt *als solcher* den Beweis der

*) J. H. Bö h m e r de Collisione probationum in dessen Exercitat. ad Pandect. Tom. IV. v. Globig Theorie d. Wahrscheinl. Th. II. Abschn. XI.

Klage auf, sondern die *Einrede* zerstört die Klage selbst, ohne Rücksicht auf den Beweis, hier also muß jeder von diesen Beweisen als selbstständig betrachtet und beurtheilt werden. Nur bringt der Einfluß, welchen die *Einrede* auf das Klagerecht hat, und die Betrachtung, daß bei vollständigem Beweis einer die ganze *Klage* zerstörenden *Einrede* der Beweis der Klage als irrelevant erscheint, und daß jede Gesetzgebung sich bestreben muß, entbehrliche Eide zu entfernen, in der Evolution jenes Prinzips eigene Modifikationen an dem Grundsatz über den Rang im Beweisen (Kap. III. §. 2. n. 3.) hervor, wofür drei Fälle zu unterscheiden sind. Ist nämlich 1) der Beweis der *Einrede* vollständig, so kommt es (N. 1.) auf den Beweis der Klage gar nicht an; hat der Beklagte bewiesen, daß der Erblasser nicht testamentsfähig war, so ist das Testament, sollte auch seine Existenz bewiesen werden können, ungültig also ein Beweis hierüber ohne allen Einfluß auf das Endurtheil; dasselbe gilt vom Beweise des Anlehens nach bewiesener Zahlung. Ist 2) die Klage vollständig, die *Einrede* aber nur unvollständig bewiesen, so muß der Beweis der *Einrede* durch einen Eid vollständig gemacht werden, weil man hier wegen Selbstständigkeit beider Beweise den Satz:

der vollständige Beweis hebt den unvollständigen auf, nicht anwenden kann. Die Zuerkennung des nothwendigen Eides erfolgt nach den Vorschriften des §. 2. sind aber 3) beide Beweise (N. 3.) unvollständig, so müßten die nothwendigen Eide nach jener Ordnung abgeschworen werden, welche dem Satze: *actore non probante reus absolvitur*, entspricht. Allein der hieraus entspringende Mißverstand leuchtet ein, wenn man sich den Fall, daß die Klage, die Einrede, die Replikation und Duplikation unvollständig bewiesen ist, und nun vier Eide nach einander bald von dieser bald von jener Parthei geschworen werden müßten. Das Gesetz darf weder überflüssige Eide zulassen, noch eine Parthei mit einem Eide beladen, den sie zu schwören geradehin nicht verbunden ist, noch einen zur juristischen Gewißheit unentbehrlichen Eid übergehen; und nach diesen Rücksichten *) sind (lit. a — d.) die denkbaren vier Fälle hier normirt worden.

*) Handb. B. II. Abh. XLII. §. 5 — 9. mit mir stimmt überein Thibaut Pandekt. B. III. §. 1186.

§. 4.

Kollision der Beweise.

Bei der eigentlichen Kollision der Beweise kommt es auf zwei Punkte an, *erstens* auf Kollision der Beweise überhaupt ohne Rücksicht auf die Beweismittel, *zweitens* auf die kollidirenden Beweismittel; dort steht der Grad des Beweises hier die Kraft der Beweismittel in der Frage.

In Ansehung des ersten Punkts unterscheiden viele Rechtslehrer, ob die Beweismittel *desselben* Produzenten, oder ob die Beweise *verschiedener* Produzenten (Beweis und Gegenbeweis) kollidiren, und legen diesem Unterschied die Wirkung bei, daß nur im letzten Falle die Grundsätze von Kollision zur Anwendung kommen, im ersten Falle aber die Regel gelte: das Widerstreitende hebt sich gegenseitig auf, soweit es gleich ist; bleibt dann etwas Positives übrig, so kann der Produkt dasselbe, wenn es dem Produzenten nachtheilig ist, zu seinem Vorthail benutzen, ist es aber dem Produzenten günstig, so beweiset es nach seiner Stärke für den Produzenten: sagen also 5 Zeugen für, 4 Zeugen wider den Produzenten aus, so entscheiden jene nicht durch Stimmenmehrheit, sondern das Facit ist
ein

ein günstiger Zeuge. Dieser Unterschied ist bei allem Scheine seiner Einfachheit ganz unrichtig, denn er widerspricht dem unumstößlichen Rechtssatze, daß alle Beweise beiden Theilen gemeinschaftlich werden (*testes per productionem fiant communes*) also für jeden Theil bewiesen, ohne Unterschied, wer sie produziert habe, er führt auch in der Anwendung auf das Leben bedenkliche Folgen herbei. Oft vertraut der Produkt auf die Zeugen des Gegentheils, weil er sie selbst zum Gegenbeweise vorgeschlagen hätte, oft hat er keine andere Zeugen zum Gegenbeweise, weil vielleicht der Produzent schlaue genug war, diese unter seine Beweiszeugen aufzunehmen, in der Hoffnung, daß ihre widersprechende Aussage durch die Aussage der übrigen Zeugen überwogen, und ihm nach der Subtraktion noch ein günstiges *facit* übrig bleiben werde. Jenen Unterschied mußte ich also im Eingang durch die Worte: "*die Beweise unter sich oder mit einem Gegenbeweise*" verwerfen.

Vorbehaltlich der Wirkungen, welche die Kollision der Beweismittel hervorbringen kann, gelten nun für Kollision überhaupt folgende Regeln: 1) Kollidirt ein vollständiger Beweis mit dem unvollständigen, so gehet allemal

(N. 1.) der vollständige vor; nur eine Ausnahme findet sich (§. 7. n. 2.) bei dem Zeugenbeweise. Sind 2) die kollidirenden Beweise *gleich* vollständig oder unvollständig (N. 2.), so destruiren sie sich, wenn nicht der Vorzug eines Beweismittels den Ausschlag giebt. Sind 3) die kollidirenden Beweise unvollständig aber im ungleichen Grade, so wird (Num. 3.) nur dann auf einen nothwendigen Eid erkannt, wenn das Uebergewicht für den Produzenten ist. Diese Bestimmungen gelten auch (N. 4.) für Vermuthungen.

Dafs, wenn sich die Beweise ganz destruiren, nicht für den Beklagten, wie man sonst lehrte, sondern gegen den Produzenten gesprochen werden mufs, habe ich früher *) bewiesen, und ist nunmehr allgemein anerkannt.

§. 5.

Insbesondere von Kollision der Beweismittel.

a) *Des Augenscheins und der Sachverständigen mit andern Beweismitteln.*

Mit der Kollision der Beweismittel darf der Beweis der Falschheit eines Beweismittels nicht vermischt werden; der Eid, welcher kei-

*) Juristische Abhandl. Th. I. Abh. 5.

nen Gegenbeweis zuläfst, also mit andern Beweismitteln eigentlich nicht in Kollision kommt, kann doch wegen Meineids durch den Beweis des *falschen* Eidschwurs angefochten werden, gegen Zeugen kann der Beweis der Bestechung oder des falschen Zeugnisses durch Urkunden sogut als durch Zeugschaft und durch Zeugen der Beweis von der Fälschung einer Urkunde hergestellt werden. Hier ist sogar das Beweisthema verschieden, denn es stehen nicht Zeugen unter sich oder mit Urkunden ihrem Inhalt nach im Widerspruch, und es gilt nicht der Frage, welches Beweismittel aber das *bisherige* Beweisthema den Vorzug verdiene, sondern es gilt vielmehr der ganz neuen Frage mit einem andern Beweisthema, ob nämlich das Beweismittel falsch sey. Ferner kommen nach dem Vorgehenden die Bestimmungen über Kollision der Beweismittel erst dann zur Anwendung, wenn sich die Beweise ihrem Grade nach das Gleichgewicht halten, denn es unterliegt keinem Zweifel, daß die Aussage zweier klassischen Zeugen, welche über den Zustand einer Sache, wie er *gewesen* ist, übereinstimmend aussagen, den Vorzug hat vor einem Parere der Sachverständigen, welche aus dem dermaligen Zustand nicht mit Bestimmtheit, sondern nur mit Wahrscheinlichkeit über den

vorigen Zustand urtheilen. Dafs nur in Fällen, wo es auf den Befund der Sache ankommt, der Augenschein und das Parere der Sachverständigen allen andern Beweismitteln vorgehe, leuchtet von selbst ein; nicht einmal das gerichtliche Geständniß konnte ich hievon ausnehmen, theils weil die Merkmale der Streitsache mehr Gegenstände der richterlichen Reflexion als eines Geständnisses sind, theils weil es ein wahres Skandal seyn würde, wenn der Richter etwas gegen den Befund als wahr annehmen, und wegen des Geständnisses in einem Urtheil aussprechen dürfte, dafs ein Graben, den er acht Schuhe breit gefunden, und so in den Akten beschrieben hat, nur sechs Schuh breit, oder dafs ein den Einsturz drohendes Gebäude nicht baufällig sey. Jedoch setzte ich mit Vorsicht bei: "*wo es auf den Befund ankommt*" streitet man über die Grenzen, wie sie wirklich sind, so entscheidet der Augenschein vor den Zeugen, streitet man darüber, wie sie seyn sollen, so können Urkunden oder Zeugen (Kapitel VI. §. 15.) den Vorzug haben. Von Kollision der Sachverständigen unter sich konnte ich nichts sagen, weil bei denselben der Fall einer Kollision nicht denkbar ist, sie mögen von gleicher oder von höherer Art seyn, denn dort entscheidet unter ihnen

ihnen Stimmenmehrheit, hier ihre Eigenschaft der höheren Instanz.

§. 6.

b) *Der Urkunden mit Urkunden.*

Bei Urkunden kommt öfters die uneigentliche Kollision vor, wenn nämlich eine die andere, ohne gegenseitig im Widerspruch über denselben Beweissatz zu stehen, ergänzt, abändert oder aufhebt, wie das neuere Testament das ältere, der neuere Vergleich die vorigen Verträge, die Quittung den Schuldbrief. Von dieser kann hier die Rede nicht seyn, sondern vom eigentlichen Widerspruch der Urkunden unter sich. Unstreitig hat nun jene Urkunde den Vorzug, welche die Quelle der andern ist; diese Regel (N. 1.) gilt für alle, selbst für gerichtliche Urkunden, wenn ihnen eine Privaturkunde zum Grunde liegt, und diese etwa nicht vollständig oder genau in jene übertragen wurde. Unter gleichen Umständen entscheidet (N. 2.) die öffentliche Urkunde vor der privaten. Bei Urkunden gleicher Art (Num. 3.) habe ich nach der trefflichen Bestimmung des *preussischen Rechts* *) jener Urkun-

*) Prozeßordnung Titel XIII. §. 15. Auch die Harmonie korrelativer Urkunden kann, wie

de den Vorzug eingeräumt, welche ihrer grösseren Deutlichkeit und Genauigkeit wegen die höhere Wahrscheinlichkeit für sich hat.

§. 7.

c) Der Zeugen mit Zeugen.

Vordersamst müssen bei dem Kollisionsfalle die *verneinenden* Zeugenaussagen *) näher betrachtet werden. Jene Zeugen, welche nur *unbestimmt* aussagen, daß sie einen Umstand nicht wissen, können als widersprechende Zeugen gar nicht betrachtet werden, weil sie eigentlich *Nichts* aussagen, und von ihnen gilt das Axiom: *Testis unicus affirmans plus valet, quam mille negantes*. Wenn aber ein Zeuge *bestimmt* ein Faktum verneint, wenn seine Aussage die Behauptung einer Negation ist, wenn er z. B. aussagt, der A. sey bei Errichtung des Testaments *nicht* anwesend gewesen, der B. habe bei einem Raufhandel *nicht* geschlagen, der C. habe *keine* Waffen getragen, bei einem Vortrage sey über die Meubles *nichts* bedungen worden, so ist dieses ei-

oben bei Handelsbüchern (Kap. VI. §. 12.) gezeigt wurde, den Ausschlag geben. v. Globig Theorie der Wahrsch. Th. II. Seite 251.

*) Hierüber verdient besonders v. Globig a. a. O. Th. I. S. 187. verglichen zu werden.

ne bestimmte Aussage einer Negation, welche mit den Aussagen anderer Zeugen, die das Gegentheil behaupten, in einem wirklichen Widerspruche steht, und wobei jenes Axiom nicht einschlägt.

Im Falle eigentlich kollidirender Zeugen kommt es nun zunächst darauf an, ob die kollidirenden Zeugenbeweise unvollständig oder vollständig sind. Im ersten Falle (N. 1.) wobei sowohl die Zahl als die Qualität der Zeugen und ihrer Aussagen zu berücksichtigen ist, destruiren sich die Kräfte, soweit sie gleich sind, das übrig bleibende entscheidet über das Erkenntniß auf den nothwendigen Eid, und wenn sich kein Uebergewicht zeigt, so geben die unter Nummer 3. vorkommenden Rücksichten den Ausschlag, doch so, daß hiernach auf den nothwendigen Eid erkannt wird.

Ist die Kollision so beschaffen, daß für den Satz ein vollständiger, für den Gegensatz ein unvollständiger Beweis vorliegt, so gebietet (N. 2.) die *Gleichartigkeit* des kollidirenden Mittels, daß man von den Kräften, welche den vollständigen Beweis hervorbringen, die Kräfte des unvollständigen Beweises subtrahirt, und den Zeugenbeweis *im Ganzen* nach dem Ueberfluß bemißt. Wenn zwei Zeugen etwas aussagen, von welchem ein

Zeuge das Gegentheil behauptet, so destruiert sich ein Zeuge von beiden Seiten, nur einer bleibt übrig, und es wird auf einen nothwendigen Eid erkannt, denn der Beweis durch Zeugen, der im Gegensatz eines unvollständigen Beweises auf einem so feinem Punkte ruhet, muß sich der Abrechnung des Gegengewichts unterwerfen.

Ganz andere Rücksichten aber entscheiden alsdann, wenn *vollständige* Zeugenbeweise kollidiren, denn hier ist von *beiden* Seiten der Kulminationspunkt juristischer Gewissheit erstiegen, über welchen es keine Stufe giebt, hier ist keine Subtraktion mehr zulässig, hier verträgt die *Qualität* juristischer Gewissheit keine *quantitative* Abwägung. So lächerlich es wäre, wenn ein Gesetz sagen wollte, dreissig Zeugen machen gegen achtundzwanzig einen vollständigen Beweis, eben so insonsequent wäre es, wenn man fünf Zeugen gegen drei als vollständigen Beweis ansähe, denn sobald zwei gleiche *Qualitäten*, die keine höhere Stufe erkennen, in Kollision stehen, ist *arithmetische* Abrechnung ausgeschlossen. Schon das römische Recht hat dieses in der bekannten Stelle *) ausgesprochen, und neueren Legislatio-

*) L. 21. §. 3. D. de Testibus. "Si testes omnes eiusdem honestatis et existimationis sint, et

nen nur die Aufgabe übrig gelassen, deutlicher zu bestimmen, was dem Rechtsgelehrten Arcadius dunkel vorschwebte. Diese Aufgabe (N. 3.) suchte ich in drei Hauptsätzen nach dem Vorbild der preussischen Gerichtsordnung *) zu lösen, weil hier zuerst die höhere Glaubwürdigkeit der Zeugen entscheidet, welche nicht nach persönlichen Eigenschaften, die bei klassischen Zeugen als dem Kulminationspunkte ebenfalls gleich stehen, sondern nach ihrer *genaueren Wissenschaft* und *bestimmterer Aussage* bemessen wird, und dann erst, wenn hier kein Uebergewicht sich zeigt, auf die höhere *objektive* Wahrscheinlichkeit des Thatsatzes, Rücksicht genommen werden muß, jedoch nicht weiter, als die Wahrscheinlichkeit einem halben Beweise gleich gilt. Zeigt

negotii qualitas ac iudicis motus cum his concurrat, sequenda sunt omnia testimonia: si vero ex his quidam eorum aliud dixerint, licet impari numero, credendum est, (sed) quod naturae negotii convenit, et quod inimicitiae aut gratiae suspicione caret: confirmabitque iudex motum animi sui ex argumentis et testimoniis (et) quae rei aptiora et vero proximiora esse compererit: non enim ad multitudinem respiciendum oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia, quibus potius lux veritatis adsistit."

*) Prozeßordnung Tit. XIII. §. 16.

sich auch hieraus kein Uebergewicht, so heben sich die vollständigen widersprechenden Beweise ganz auf, und es muß gegen den Produzenten erkannt werden. In diesem Punkte weiche ich von der *preussischen* Gesetzgebung ab, welche in diesem Fall auf die *Zahl der Zeugen* Rücksicht zu nehmen befiehlt, um hiernach bestimmen zu lassen, ob und von welcher Parthei annoch ein Eid gefordert werden soll; ich halte es für überflüssig, die Gründe anzugeben, warum ich dieser Bestimmung nicht beipflichten konnte.

§. 8.

d) *Der Urkunden mit Zeugen.*

Auch bei Urkunden im Verhältniß zu Zeugen kann eine uneigentliche Kollision (Num. 1.) in dem Fall vorkommen, wenn der Zeugenbeweis die Richtung hat, eine Urkunde als falsch oder unächt darzustellen; wenn z. B. die angeblichen Instrumentszeugen die in einer Urkunde vorkommende Unterschriften eidlich ableugnen, oder aussagen, daß jenes Instrument nur simulirt war, oder daß es verfälscht wurde. Hier ist keine wahre Kollision vorhanden, und es kommt nur darauf an, ob die Thatsachen, worüber die Zeugen deponiren, die Glaubwürdigkeit des Instruments entkräften, und wie weit sie durch

Zeugen bewiesen sind. Die eigentliche Kollision aber (N. 2.) ist vorhanden, wenn ohne Anfechtung des Dokuments die Zeugen das Gegenteil von dem aussagen, was ein Dokument enthält. Durch eine Stelle des kanonischen Rechts *) hat sich die Meinung festgesetzt, daß drei Zeugen gegen eine öffentliche Urkunde das Uebergewicht haben, woraus dann folgt, daß gegen eine Privaturkunde zwei Zeugen wenigstens einen gleich starken Gegenbeweis liefern. Sind Dokumente unberedete todte Zeugnisse, so kann der Vorzug der lebendigen Zeugnisse nur auf der Voraussetzung ruhen, daß Dokumente die Sache so, wie sie sich zutrug, nicht immer darstellen; der Schuldbrief wird oft vor empfangenem Darlehen ausgestellt, und bei Kontrakten manches durch mündliche Verabredung beigesetzt; Zeugen hingegen können über die Sache, wie sie vorgieng, aus eigener Wahrnehmung deponiren; eben dieser Grund zeigt, daß in den aufgezählten vier Fällen die Urkunde den Vorzug vor den Zeugenaussagen hat, womit auch die preussische Gerichtsordnung übereinstimmt.

§. 9.

Deduktionen über den Beweis.

Nach den Beweisführungen liegt öfters viel an einer lebendigen und eingreifenden Zusammenstellung ihres Resultats, besonders

*) cap. 10. X. de fide instrumentorum. Das römische Recht räumt im L. 10. D. de testibus den öffentlichen Urkunden den Vorzug ein.

bei dem künstlichen Beweise oder im Fall einer Kollision der Beweise; das Gesetz würde demnach die Rechtsvertheidigung unvollkommen lassen, wenn es den Partheien nicht erlaubte, eine besondere Deduktion zur Vertheidigung des Beweises zu übergeben. Die Praxis nennt sie von der Seite des Beweisführers *Salvations*- von Seite des Gegentheils *Impugnations*-Schrift; gewöhnlich tragen diese Deduktionen beide Eigenschaften zugleich an sich, indem eine Parthei ihren Beweis vertheidiget, und den Beweis ihres Gegners anficht. Doch ist Vorsorge getroffen, daß diese beiden Schriften keinen merklichen Aufenthalt verursachen. Ueber den Bau dieser Schriften habe ich besondere Vorschriften für zweckmässig geachtet.

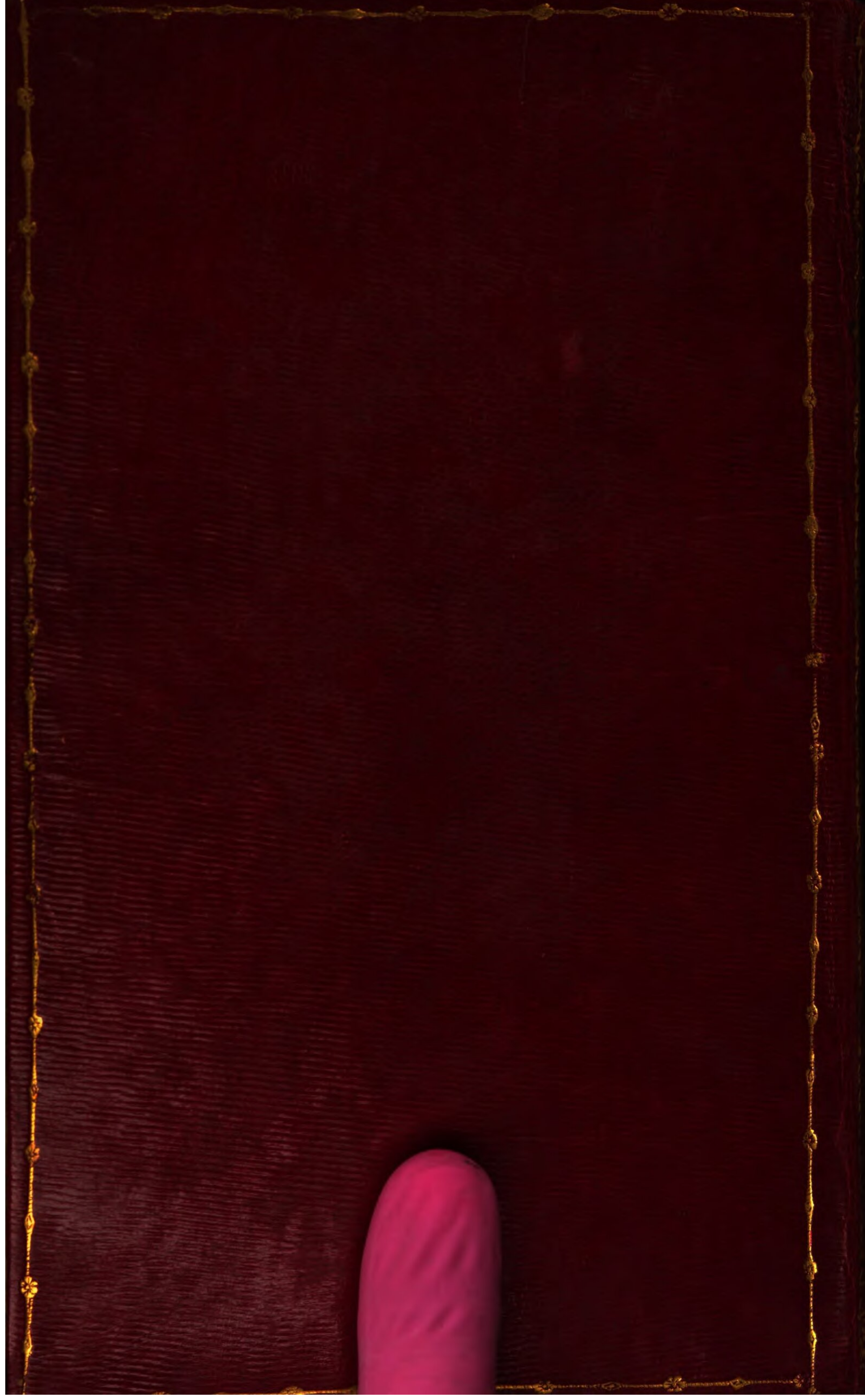
§. 10.

Vom Endurtheil.

Ueber das Endurtheil hatte ich nach den früher gegebenen allgemeinen Normen (Buch I. Kap. V. §. 19.) hier wenig mehr zu bemerken. Der Richter muß alles, was in Haupt- und Nebenpunkten zur Entscheidung reif ist, in einem Urtheil entscheiden. Aus eben diesem Grunde muß er auch bei dem Erkenntniß auf den nothwendigen Eid für beide mögliche Fälle des geleisteten oder verweigerten Eides das Rechtsverhältniß unter den Partheien aussprechen, weil er sonst ohne Noth Urtheile und Appellationen, also den Verlust an Zeit und Kosten vermehrt.







Gönner, Nikolaus Thaddäus,

Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen
Rechtssachen

Bd.: 2,2

Erlangen 1816

Bibl.Mont. 5069-2,2

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10726426-6